



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 388.866 - SP (2017/0034762-5)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JULIA ALMEIDA BARANSKI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WESLEY PINTO DA SILVA (PRESO)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. ESTABELECIMENTO DE REGIME ABERTO. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS VALORADAS NA TERCEIRA FASE. IMPOSSIBILIDADE. MANTIDO O REGIME INICIAL SEMIABERTO. **HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

Na hipótese, a pena do paciente foi fixada abaixo de quatro anos. Não obstante, não se pode olvidar que a quantidade e variedade de entorpecentes foi considerada na terceira fase da dosimetria, modulando-se a incidência da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Sendo desfavorável tal circunstância, impede a fixação do regime menos gravoso unicamente em razão da quantidade de pena imposta ao paciente, devendo, contudo, ser mantido o regime intermediário para o início de cumprimento da pena.

Habeas corpus não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 09 de maio de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 388.866 - SP (2017/0034762-5)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de WESLEY PINTO DA SILVA, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Consta dos autos que o ora paciente foi condenado como incurso no delito de tráfico de drogas à pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e multa, no regime inicial fechado, sendo-lhe possibilitado apelar em liberdade (fls. 10-18).

Irresignada, a defesa interpôs apelação, com vistas à reforma da sentença. O recurso, por seu turno, foi parcialmente provido, tão somente para substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e estabelecer, ainda, o regime semiaberto *"para o caso de descumprimento das restritivas de direitos"* (fl. 46).

Daí o presente **writ**, no qual sustenta o impetrante, em linhas gerais, que a suposta hediondez do delito não deve ser o único parâmetro para não conceder o regime aberto de início de cumprimento de pena, notadamente porque *"o paciente é réu primário, possui bons antecedentes, em nada se justificando a imposição do regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena"* (fl. 4).

Requer, ao final, a colocação do paciente em regime aberto para início de cumprimento da pena.

Liminar indeferida às fls. 49-50.

As informações foram prestadas às fls. 59-78.

O Ministério Público Federal, às fls. 82-84, opinou **pela denegação da ordem**, em parecer assim ementado:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RACIONALIZAÇÃO NO USO DO MANDAMUS. PRECEDENTES DO STJ E STF. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIAL INTERMEDIÁRIO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO EM PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS. PELO NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONHECIMENTO DO WRIT. CASO SUPERADO O ÓBICE, PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM" (fl. 82).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 388.866 - SP (2017/0034762-5)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. ESTABELECIMENTO DE REGIME ABERTO. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS VALORADAS NA TERCEIRA FASE. IMPOSSIBILIDADE. MANTIDO O REGIME INICIAL SEMIABERTO. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

Na hipótese, a pena do paciente foi fixada abaixo de quatro anos. Não obstante, não se pode olvidar que a quantidade e variedade de entorpecentes foi considerada na terceira fase da dosimetria, modulando-se a incidência da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Sendo desfavorável tal circunstância, impede a fixação do regime menos gravoso unicamente em razão da quantidade de pena imposta ao paciente, devendo, contudo, ser mantido o regime intermediário para o início de cumprimento da pena.

Habeas corpus não conhecido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Transcrevo, a fim de delimitar a **quaestio**, os seguintes trechos do voto condutor do v. acórdão impugnado:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"Passo a analisar a reprimenda aplicada.

Pena-base fixada no mínimo legal.

Na segunda fase, as atenuantes de confissão e menoridade relativa não têm o condão de reduzir as penas que já foram fixadas nos patamares mínimos, a teor do disposto na Súmula 231 do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, na última etapa, sanções reduzidas em 1/3 pela aplicação do art. 33, §4º, do Código Penal, o que já beneficiou Wesley, pois a razoável quantidade e diversidade de drogas, assim como suas palavras em juízo, indicam que não se tratava de mero traficante ocasional e que ele se dedicava a atividades criminosas, tanto que admitiu estar traficando no local há uma semana. Entretanto, nada pode ser feito, tendo em vista a ausência de recurso ministerial neste sentido.

Pelos motivos acima delineados, especialmente pela quantidade de drogas apreendidas, incabível maior índice de redução pelo art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Em razão do tempo de prisão provisória apelante (aproximadamente seis meses), considerando ainda que lhe foi concedido o direito de recorrer em liberdade, encontrando-se solto, e estando preenchidos os requisitos do artigo 44 do Código Penal, entendo ser o caso de substituição da pena privativa de liberdade por serviços comunitários, pelo prazo da carcerária, e prestação pecuniária no valor de um salário mínimo, a ser paga em favor de entidade assistencial designada pelo Juízo da Execução.

Apesar da gravidade do delito, o que normalmente ensejaria a fixação do regime prisional inicial fechado (como ocorreu em primeiro grau), estabeleço, em razão das circunstâncias mencionadas, o regime inicial semiaberto para o caso de descumprimento das penas restritivas de direitos.

Por tais motivos, meu voto dá provimento parcial ao apelo de Wesley Pinto da Silva para substituir a pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, fixando, ainda, o regime semiaberto para o caso de descumprimento das restritivas de direitos ficando prejudicado o apelo ministerial, mantida, no mais, a r. sentença" (fls. 45-46).

Pois bem. Inicialmente, deve-se frisar que o deferimento do regime **aberto** se dá desde que preenchidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, 'c', e § 3º, c/c o art. 59 do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos, bem como a **inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis**.

Assentada tal premissa, cumpre asseverar o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/06, segundo o qual "O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sobre o tema, não se pode olvidar que o col. **Supremo Tribunal Federal**, por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual caracteriza **bis in idem** tal valoração tanto na primeira quanto na terceira fases do cálculo da pena (ARE n. 666.334/AM, **Tribunal Pleno**, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, DJe de 6/5/2014).

Forçoso concluir, assim, que permitiu o col. STF, **mutatis mutandis**, a valoração de tal circunstância desfavorável (a quantidade e a natureza do entorpecente) na primeira ou na terceira fase da dosimetria da pena do delito de tráfico de drogas.

É o caso dos autos, em que, como visto, **a quantidade e a variedade das drogas apreendidas (cocaína, maconha e "crack")** foram consideradas na terceira fase da dosimetria, **impedindo** a incidência da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei n.11.343/06, **em seu grau máximo**. Com efeito, a fração eleita pela Tribunal de origem de 1/3 (um terço) mostrou-se adequada e razoável ao caso concreto, razão pela qual não há nenhuma ilegalidade a ser sanada.

Sendo desfavorável, portanto, impede a fixação do regime aberto unicamente em razão da quantidade de pena imposta ao paciente, sendo aplicável o regime mais gravoso na sequência, qual seja, o **semiaberto**.

Nesse sentido os seguintes precedentes deste Tribunal Superior :

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA HEDIONDEZ DO CRIME. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

- Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta, é necessária fundamentação específica, com base nas circunstâncias judiciais desfavoráveis e em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas 440/STJ e 718 e 719 do STF.

- Considerando que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em razão da quantidade, diversidade e natureza das drogas apreendidas, para uma pena definitiva inferior a 4 anos de reclusão, deve ser fixado o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

- Embora o quantum de pena fixado seja inferior a 4 anos, a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto" (HC n. 299.114/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 14/10/2016 - grifei).

"PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. FUNDAMENTO COM BASE NA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA (128 PINOS DE COCAÍNA). FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. CONDENAÇÃO NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO. FUNDAMENTO CONCRETO PARA A FIXAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO - O SEMIABERTO - E NÃO O FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. Nos termos do entendimento firmado pelo STJ, a natureza, a variedade e a quantidade da substância entorpecente constituem fundamento idôneo para justificar a imposição do regime mais severo e para o indeferimento da substituição das penas. Precedentes.

3. Todavia, embora válido o fundamento para o recrudescimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado, ao réu primário, condenado à pena reclusiva não superior a 4 anos - 2 anos e 6 meses - cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal. Precedentes.

4. Conforme o novel entendimento do STF, HC n. 118.533/MS, o tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos, pois o tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa, havendo evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90.

*5. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva" (HC n. 367.301/SP, **Sexta turma**, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 17/10/2016).*

Diante de tais considerações, portanto, não se vislumbra a existência de qualquer flagrante ilegalidade passível de ser sanada pela concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, **não conheço** do presente **habeas corpus**.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0034762-5

HC 388.866 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00050489120148260278 20160000223003 50489120148260278 7042014

EM MESA

JULGADO: 09/05/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JULIA ALMEIDA BARANSKI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WESLEY PINTO DA SILVA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.