



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 430.865 - SP (2017/0333589-2)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
GUILHERME PAULO MARQUES - SP0321424
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BRUNO HENRIQUE RODRIGUES DO AMARAL (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. ILEGALIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS (NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS). REGIME SEMIABERTO ADEQUADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. IMPOSSIBILIDADE. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - 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.

II - No que tange ao regime inicial para os delitos de tráfico de entorpecentes, o col. **Supremo Tribunal Federal**, por ocasião do julgamento do **HC** n. 111.840/ES (Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 17/12/2013), declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com redação dada pela Lei n. 11.464/07, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

III - No presente caso, a natureza das drogas apreendidas foram consideradas na primeira fase da dosimetria, para exasperar a pena-base, bem como na terceira etapa, impedindo a incidência da redutora contida no art. 33, parágrafo 4º, da Lei n.11.343/06, **em seu grau máximo**. Assim, tais circunstâncias desfavoráveis impedem a fixação do regime aberto, em razão da quantidade de pena imposta ao paciente, sendo aplicável o regime gravoso sequente, qual seja, o **semiaberto**. Precedentes.

IV - O Pretório Excelso, nos termos da r. decisão proferida por ocasião do julgamento do **HC** n. 97.256/RS, ao considerar inconstitucional a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 (cuja execução foi suspensa pelo Senado Federal por meio da Resolução n. 5 de 16/2/2012), permitiu a concessão da benesse aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

V - No presente caso, considerando que o paciente detém circunstâncias judiciais desfavoráveis, descabida a substituição da pena privativa de liberdade por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

restritivas de direitos (art.44, inciso III, do Código Penal).

Habeas corpus não conhecido. **Ordem concedida de ofício**, para **fixar o regime semiaberto** para o início de cumprimento da pena do paciente, mantidos os demais termos da condenação.

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 e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Brasília (DF), 20 de fevereiro de 2018 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 430.865 - SP (2017/0333589-2)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
GUILHERME PAULO MARQUES - SP0321424
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BRUNO HENRIQUE RODRIGUES DO AMARAL (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **BRUNO HENRIQUE RODRIGUES DO AMARAL** contra o v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se da inicial que o paciente foi condenado à pena de 2 (dois) anos de reclusão, em regime inicial aberto, mais ao pagamento de 250 dias-multa, substituindo a pena de reclusão por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária de 2 (dois) salários mínimos, em favor de instituição de combate à drogadição, como incurso nas sanções do art. 33, **caput** da Lei n. 11.343/2006.

Irresignadas, a acusação e a defesa do paciente interpuseram recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que deu provimento somente ao apelo ministerial, para fixar o regime inicial fechado, para cumprimento da pena e afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do v. acórdão juntado às fls. 115-122.

No presente **writ**, o impetrante sustenta que houve afronta aos enunciados das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n. 440 desta Corte Superior, ao argumento de que o regime inicial de cumprimento de pena foi fixado com base na gravidade abstrata do crime praticado.

Requer, ao final, a concessão da ordem, para fixar o regime aberto, para início de cumprimento de pena, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito (fls. 1-14).

O pedido liminar foi concedido às fls. 135-137.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

As informações foram prestadas às fls. 145-62.

O Ministério Público Federal, às fls. 166-173, manifestou-se pela concessão parcial da ordem, nos seguintes fundamentos:

"PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIAL FECHADO - RÉU PRIMÁRIO - PENA DE 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO - DIVERSIDADE E NATUREZA DAS SUBSTÂNCIAS APREENDIDAS - RECOMENDAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO NO CASO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS - IMPOSSIBILIDADE - ART. 44, III DO CP. PARECER PELA CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM PARA ESTABELECEER O REGIME INICIAL SEMIABERTO DE CUMPRIMENTO DE PENA."

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 430.865 - SP (2017/0333589-2)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
GUILHERME PAULO MARQUES - SP0321424
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BRUNO HENRIQUE RODRIGUES DO AMARAL (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. ILEGALIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS (NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS). REGIME SEMIABERTO ADEQUADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. IMPOSSIBILIDADE. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - 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.

II - No que tange ao regime inicial para os delitos de tráfico de entorpecentes, o col. **Supremo Tribunal Federal**, por ocasião do julgamento do **HC** n. 111.840/ES (Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 17/12/2013), declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com redação dada pela Lei n. 11.464/07, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

III - No presente caso, a natureza das drogas apreendidas foram consideradas na primeira fase da dosimetria, para exasperar a pena-base, bem como na terceira etapa, impedindo a incidência da redutora contida no art. 33, parágrafo 4º, da Lei n.11.343/06,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em seu grau máximo. Assim, tais circunstâncias desfavoráveis impedem a fixação do regime aberto, em razão da quantidade de pena imposta ao paciente, sendo aplicável o regime gravoso sequente, qual seja, o **semiaberto**. Precedentes.

IV - O Pretório Excelso, nos termos da r. decisão proferida por ocasião do julgamento do HC n. 97.256/RS, ao considerar inconstitucional a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 (cuja execução foi suspensa pelo Senado Federal por meio da Resolução n. 5 de 16/2/2012), permitiu a concessão da benesse aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

V - No presente caso, considerando que o paciente detém circunstâncias judiciais desfavoráveis, descabida a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (art.44, inciso III, do Código Penal).

Habeas corpus não conhecido. **Ordem concedida de ofício**, para **fixar o regime semiaberto** para o início de cumprimento da pena do paciente, mantidos os demais termos da condenação.

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.

Destarte, passo ao exame das razões veiculadas no **writ**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No que tange ao regime inicial para os delitos de tráfico de entorpecentes, o col. **Supremo Tribunal Federal**, por ocasião do julgamento do **HC** n. 111.840/ES (Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 17/12/2013), declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com redação dada pela Lei n. 11.464/07, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

Seguindo tal orientação, firmou-se o entendimento nesta Corte segundo o qual, independentemente da hediondez do crime, o julgador deve observar o disposto no art. 33, parágrafos 2º e 3º, do Código Penal, quando da fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Sobre o tema, destaca-se o seguinte jugado:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. CABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE NESSE PONTO. LIMINAR CONFIRMADA.

1. O fundamento usado pelas instâncias ordinárias para fixar o regime inicial fechado - caráter hediondo do crime - não se mostra suficiente para impedir a não aplicação do regime mais brando, pois não subsiste a imposição automática do regime inicial fechado de cumprimento da pena aos crimes hediondos e equiparados, devendo o magistrado observar as regras previstas no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, e fundamentar concretamente a imposição do regime inicial mais rigoroso do que o correspondente à pena aplicada.

2. Embora a Suprema Corte também tenha firmado entendimento no sentido de ser possível a substituição da pena corporal pela restritiva de direitos àqueles que praticam crimes hediondos ou equiparados, desde que preenchidos os requisitos legais, a Corte originária afastou tal possibilidade por entender que a quantidade de droga apreendida impede a outorga desse tipo de benesse.

3. Ordem expedida tão somente para alterar o regime prisional para o semiaberto, confirmando-se a liminar" (HC 356.012/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 23/2/2017).

Ademais, importante consignar que o excelso Supremo Tribunal Federal, em r.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decisão oriunda do Tribunal Pleno, no **Habeas Corpus** n. 118.533/MS, afastou o caráter hediondo dos delitos de tráfico ilícito de entorpecentes em que houvesse a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, **in verbis**:

"HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO: INVIABILIDADE. HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA.

1. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos.

2. 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.

3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90 .

*4. Ordem concedida" (HC 118.533/MS, Tribunal Pleno, Relª. Minª. **Cármem Lúcia**, DJe 19/9/2016, grifei).*

Nesse compasso, a fixação do regime aberto ocorre quando preenchidos os requisitos constantes do art. 33, parágrafo 2º, alínea c, e parágrafo 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**.

No presente caso, verifica-se que a natureza das drogas apreendidas foram consideradas na primeira fase da dosimetria, para exasperar a pena-base, bem como na terceira etapa, **impedindo** a incidência da redutora contida no art. 33, § 4º, da Lei n.11.343/06, **em seu grau máximo**.

Assim, tais circunstâncias desfavoráveis impedem a fixação do regime aberto, em razão da quantidade de pena imposta ao paciente, sendo aplicável o regime gravoso sequente, qual seja, o **semiaberto**.

Nesse sentido os seguintes precedentes deste Tribunal Superior:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE DA DROGA UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. QUANTIDADE DO ENTORPECENTE. MODO SEMIABERTO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. [...]"

2. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.

3. Na falta de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do delito, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, para afastar a aplicação da minorante quando evidenciarem a habitualidade do agente no comércio ilícito de entorpecentes. *Precedentes.*

4. Hipótese na qual as instâncias ordinárias, de forma motivada, atentas as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, consideraram a quantidade da droga apreendida (7,134 kg de maconha), exclusivamente, na terceira etapa da dosimetria da pena, para fazer incidir a minorante em 2/5, o que não se mostra desproporcional. *Precedentes STJ e STF.*

5. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar as regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, também o art. 42 da Lei de Drogas.

6. **Fixada a pena definitiva em 3 anos de reclusão, o modo semiaberto (previsto como o imediatamente mais grave, segundo o quantum da sanção aplicada) é o adequado e suficiente ao cumprimento da pena privativa de liberdade, tendo em vista a quantidade do entorpecente apreendido, valorada na terceira etapa do cálculo, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006. *Precedente.***

7. *Habeas corpus não conhecido*" (HC 412.593/PE, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe 17/10/2017).

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. PORTE ILEGAL DE ARMA. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 3 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE DE APRECIACÃO NA VIA ELEITA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO RECORRIDO QUE SE ENCONTRA EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA DESTA CORTE. REGIME SEMIABERTO MANTIDO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. INTELIGÊNCIA DO § 3º DO ART. 33 DO CÓDIGO PENAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- Esta Corte firmou o entendimento no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada na reincidência ou nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal.

- Hipótese em que o Tribunal de origem conferiu legalidade ao regime semiaberto imposto, pois, embora a pena de 3 anos de reclusão comporte o regime aberto, a presença de circunstância judicial desfavorável, no caso, os maus antecedentes (fls. 54/56), que, inclusive, embasou a fixação da pena-base acima do mínimo legal, permite o recrudescimento do regime imposto, nos termos do § 3º do art. 33 do Código Penal.

*- Habeas corpus não conhecido" (HC 340.084/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 13/6/2016).*

Finalmente, cumpre registrar que o **Pretório Excelso**, nos termos da r. decisão proferida por ocasião do julgamento do **HC n. 97.256/RS**, ao considerar inconstitucional a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 (cuja execução foi suspensa pelo Senado Federal por meio da Resolução n. 5 de 16/2/2012), permitiu a concessão da benesse aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

No entanto, considerando que o paciente detém circunstâncias judiciais desfavoráveis, descabida a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (art.44, inciso III, do Código Penal).

Ante o exposto, **não conheço do writ**. Todavia, **concedo a ordem** de ofício, para **fixar o regime intermediário (semiaberto)**, para o início do desconto da reprimenda aplicada ao paciente.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0333589-2

HC 430.865 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00005110220178260196 20170000710431 5110220178260196

EM MESA

JULGADO: 20/02/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO GUILHERME PAULO MARQUES - SP0321424
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: BRUNO HENRIQUE RODRIGUES DO AMARAL (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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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