



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 375.865 - SP (2016/0278058-0)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : KAWAN FERREIRA DA SILVA (PRESO)
ADVOGADO : CARLOS ALBERTO SANTOS SOUSA - SP291952

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO **HABEAS CORPUS**. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO MINISTERIAL DE QUE AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO PERMITIRIAM A FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA VALORADAS NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA QUE IMPEDEM A FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO, MAS AUTORIZAM A FIXAÇÃO DO REGIME INTERMEDIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

Na espécie, a circunstância referente a quantidade da droga foi considerada na terceira fase da dosimetria para impedir a incidência da minorante em seu grau máximo. Sendo desfavorável, portanto, impede a fixação do regime aberto, sendo aplicável o regime mais gravoso na sequência, qual seja, o semiaberto.

Agravo regimental **desprovido**.

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, negar provimento ao agravo regimental.

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

Brasília (DF), 16 de março de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 375.865 - SP (2016/0278058-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra decisão monocrática de minha relatoria que não conheceu do **habeas corpus**, mas concedeu a ordem de ofício para fixar o regime prisional semiaberto para início do cumprimento da reprimenda.

O agravante aduz, em breve síntese, que *"as circunstâncias em que foi cometido o crime de tráfico ilícito de entorpecentes no presente caso indicam não ser socialmente recomendável a fixação de regime mais brando ao imputado"* (fl. 344).

Requer, ao final, a reconsideração da decisão agravada, ou o provimento do presente agravo regimental.

Por manter a decisão agravada, submeto o feito à col. **Quinta Turma**.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 375.865 - SP (2016/0278058-0)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO **HABEAS CORPUS**. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO MINISTERIAL DE QUE AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO PERMITIRIAM A FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA VALORADAS NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA QUE IMPEDEM A FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO, MAS AUTORIZAM A FIXAÇÃO DO REGIME INTERMEDIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

Na **espécie**, a circunstância referente a quantidade da droga foi considerada na terceira fase da dosimetria para impedir a incidência da minorante em seu grau máximo. Sendo desfavorável, portanto, impede a fixação do regime aberto, sendo aplicável o regime mais gravoso na sequência, qual seja, o semiaberto.

Agravo regimental **desprovido**.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: O presente agravo regimental não merece prosperar.

Isto porque o agravante não trouxe qualquer argumento capaz de ensejar a alteração do entendimento firmado por ocasião da decisão monocrática, a qual mantenho por seus próprios fundamentos, transcritos a seguir:

*"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,*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 inicialmente, a fim de delimitar a **quaestio**, o seguinte excerto da r. sentença condenatória, **in verbis**:

"[...] O acusado ostenta bons antecedentes e era menor de vinte e um anos. Contudo, **foram apreendidas mais de mais de quarenta porções de entorpecentes**. Por conseguinte, **a reprimenda deveria ser fixada acima do mínimo legal**. Entretanto, **milita em favor do réu a circunstância atenuante, ou seja, a menoridade relativa**. Portanto, considerando a existência de duas circunstâncias, uma a recomendar a elevação da sanção e outra a recomendar a sua atenuação, a reprimenda permanecerá em seu patamar mínimo, isto é, 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Não há indicação alguma de que o acusado participe de atividades criminosas e nem que integre organização criminosa. Além disso, ele é primário, sem outras anotações em sua folha de antecedentes, fazendo jus à redução prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/06. Deste modo, diminuo a sanção imposta ao réu em três quintos, resultando 02 (dois) anos de reclusão e 200 (duzentos) dias-multa.

O regime legal e o mais adequado à espécie é o fechado. O art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, com a nova redação que lhe deu a Lei n. 11.464/07, dispõe que a pena pelo cometimento dos crimes hediondos, bem como aos a eles equiparados, será cumprida inicialmente em regime fechado, observando-se os lapsos temporais para a concessão do benefício. Some-se a isso que **o réu estava com quantidade considerável e variável de drogas, praticando o comércio ilegal, o que recomenda que se haja com rigor a fim de inibir e debelar tal prática**" (fls. 245-246).

O v. acórdão reprochado, extraído do sítio eletrônico do eg. Tribunal **a quo** por sua vez, estabeleceu:

"[...] Pois bem. No caso em exame, o paciente foi condenado às penas de 02 anos de reclusão e 200 dias-multa, como incurso no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, e o MM. Juiz sentenciante definiu o regime prisional fechado para o início do cumprimento da pena.

Convém observar que a r. sentença o regime prisional para o início do desconto da pena corporal, apresenta fundamentação idônea, pois considerou não só o disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, como também **a gravidade in concreto do delito, na medida em que o réu estava com quantidade considerável e variável de drogas**, praticando o comércio ilegal, a denotar a necessidade de se empregar maior rigor, em face da periculosidade revelada por tal conduta.

Desse modo, não há falar em afronta às Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal que se reportam à gravidade abstrata do delito"

Inicialmente, cumpre registrar que a jurisprudência desta Corte se firmou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no sentido de 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 CP, quais sejam, a ausência de reincidência, condenação por um período igual ou inferior a 04 (quatro) anos e a **inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis**.

Assentada tal premissa, cumpre asseverar o disposto no art. 42 da Lei 11.343/2006, 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."

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 referida circunstância foi fixada na terceira fase da dosimetria, **impedindo** a incidência da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, em seu grau máximo. 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:

'HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO, EM PRIMEIRO GRAU, ÀS PENAS DE 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO E 250 DIAS-MULTA. COM O JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL, FOI EXCLUÍDA A DIMINUIÇÃO DA PENA DECORRENTE DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. RESTABELECIMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA. REGIME PRISIONAL FECHADO COM BASE NA HEDIONDEZ E SUPOSTA DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA NÃO COMPROVADA. IMPOSSIBILIDADE. REGIME SEMIABERTO ADEQUADO, ANTE A QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS SUFICIENTES A JUSTIFICAR A NÃO APLICAÇÃO DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

- Não há como manter a fundamentação utilizada pelo Tribunal de origem, que não reconheceu a figura do tráfico privilegiado sob a tese de que o paciente dedica-se a atividade criminosa, por ter sido preso pelo delito em tela dias após alcançar a liberdade pela suposta prática de outro crime de tráfico. Contudo, o processo referido pelo Tribunal a quo teve sua denúncia rejeitada e, por tal razão, o paciente foi solto.

- Em decorrência, deve ser restabelecida a sentença que, reconhecendo a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, reduziu a pena em 1/2, restando a sanção definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa.

- 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 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 necessário fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos.

- Considerando a pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, a primariedade do acusado, a análise favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal, mas, tendo em vista a quantidade e a diversidade da droga apreendida (20 tubos de plástico tipo eppendorf contendo cocaína, pesando 13,8g; 10 tabletes de maconha, com peso de 15,2g; e 36 pedras de crack, com peso de 16,5g), deve ser fixado, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal, o regime inicial semiaberto.

- A quantidade e a natureza da droga apreendida podem, ao lado dos demais elementos constantes do processo, interferir na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Assim, fica afastada a aplicação do art. 44 do Código Penal ao caso, pois o sentenciante, de forma fundamentada, entendeu por sua inadequação ao caso em tela.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para restabelecer a sentença que estipulara a pena em 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa e fixar o regime inicial semiaberto' (HC n. 319.496/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 11/11/2015, grifei).

Finalmente, em decorrência da presença de circunstância desfavorável, não há falar em possibilidade de substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, uma vez que, na presente hipótese, não estão preenchidos os requisitos do artigo 44 do Código Penal.

Ante o exposto, não conheço do habeas corpus.

Todavia, concedo a ordem de ofício, para, confirmando a liminar, fixar o regime prisional semiaberto para o início do cumprimento da pena do paciente.

P. e I" (fls. 329-334).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo regimental.**

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0278058-0

AgRg no
HC 375.865 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00021668420168260635 21668420168260635 22114393420168260000

EM MESA

JULGADO: 16/03/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : CARLOS ALBERTO SANTOS SOUSA
ADVOGADO : CARLOS ALBERTO DE SOUZA SANTOS - SP260933
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KAWAN FERREIRA 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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : KAWAN FERREIRA DA SILVA (PRESO)
ADVOGADO : CARLOS ALBERTO SANTOS SOUSA - SP291952

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, negou provimento ao agravo regimental."

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