



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.626 - SP (2015/0257984-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ROSELY GALVÃO MOTA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ APARECIDO DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. REGIME SEMIABERTO. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.
2. Não há se falar em ilegalidade no estabelecimento do redutor na fração de 1/2 (um meio), em face da natureza e da quantidade da droga apreendida - 1.045kg de pasta base de cocaína e 0,393g de crack - a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. O *quantum* de redução aplicado fica indene ao crivo do *habeas corpus*, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.
3. Pelo princípio da *non reformatio in pejus*, o recorrente tem o direito de não ter sua situação agravada, direta ou indiretamente, quando se tratar de recurso exclusivo. Ressalvado meu entendimento pessoal sobre a matéria, em julgados recentes, a Sexta Turma tem decidido no sentido de que não fere o princípio em comento a adoção pelo Tribunal de motivação própria sobre as questões jurídicas ampla e contraditoriamente debatidas no juízo *a quo*, não se tratando de inovação indevida, desde que não agravada a situação do réu.
4. A expressiva quantidade de droga apreendida é circunstância idônea a justificar a fixação de regime inicial mais gravoso, bem como a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, ainda que a pena imposta seja inferior a 4 anos de reclusão (precedentes). Ressaltou-se, ainda, que o paciente integraria organização criminosa, conclusão impossível de ser alterada nesta sede, por demandar o reexame de provas.
5. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do *habeas corpus*, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 15 de dezembro de 2015(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.626 - SP (2015/0257984-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ROSELY GALVÃO MOTA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ APARECIDO DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de JOSÉ APARECIDO DOS SANTOS, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 0014678-78.2014.8.26.0309).

Consta autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06. Confira-se o teor do *decisum*, no que interessa (fl. 56):

(...)

Ante o exposto, julgo PROCEDENTE a denúncia e o faço para CONDENAR o réu JOSÉ APARECIDO DOS SANTOS, qualificado nos autos, como incurso no artigo 33, "caput" da Lei 11.343/06.

Passo a dosimetria da pena: observando-se os elementos norteadores, contidos no artigo 59 do Código Penal, constando à inexistência de circunstâncias que façam necessárias à prevenção e repressão do crime a elevação da pena acima do mínimo previsto, fixo a pena-base em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa e, à guisa de maiores elementos, no valor unitário mínimo previsto.

Em que pese a manifestação da Promotora de Justiça, **possível a redução prevista no artigo 33 §4º da referida lei na metade, considerando a quantidade e finalidade da droga, resultando em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa no valor fixado, que torno definitiva à míngua de outras circunstâncias.**

A pena privativa de liberdade ora aplicada será cumprida em regime fechado, uma vez que se trata de crime gravíssimo, eis que a real intenção do traficante é amealhar o maior número de vítimas, comprometendo toda a sociedade. A substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, tal como pretende a Defesa, se mostra inadequada à situação da ré e às circunstâncias do crime, equivalendo a sua total impunidade já que não é sequer satisfatória à reprovação de sua conduta e nem alcança sua finalidade retributiva - que visa à prevenção criminal e atender a culpabilidade do infrator e não atende de modo algum à melhor política criminal.

Recomenda-se a ré na prisão onde se encontra e após o trânsito em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgado, seja o seu nome lançado no rol dos culpados.

Não se conformando com os termos da sentença, a Defesa apelou, sendo dado parcial provimento ao recurso apenas para estabelecer o regime semiaberto para início de cumprimento de pena. O aresto está assim fundamentado (fls. 85-87):

(...)

Não se discute acerca da apreensão realizada no processo, tampouco quanto à autoria imputada, sobejamente admitida pelo apelante, em ambas as oportunidades em que foi ouvido, sendo a confissão respaldada pela prova acusatória coligida aos autos.

Cinge-se, a pretensão da defesa, à redução da pena imposta, contudo não lhe assiste razão, em quaisquer dos argumentos levantadas.

Verifica-se que o cálculo da pena, ao atingir a segunda fase, mantinha a quantidade mínima prevista no tipo sancionador, 5 anos de reclusão, não sendo possível ao juiz reduzir a reprimenda aquém daquele patamar, consoante o disposto na Súmula 231 do STJ.

Na terceira etapa, apesar da considerável quantidade de entorpecente apreendido 974,5g de cocaína e 386,2g de “crack”, laudo de fl. 14 o magistrado aplicou o redutor em metade, afigurando-se por demais benéfica a solução adotada. Isso porque a quantidade de drogas apreendida poderia levar à prática de centenas de delitos de tráfico e uso próprio, envolvendo outras tantas pessoas nessa atividade ilícita. A possibilidade dessas consequências, bem ainda a indiferença do agente quanto a esse resultado, são fatores que revelam a personalidade fortemente voltada à prática criminosa e avessa ao ordenamento jurídico, circunstâncias que poderiam justificar a exasperação da pena-base, nos moldes do artigo 59 do Código Penal. **Ademais disso a expressiva quantidade de entorpecentes, além da balança de precisão e outros apetrechos relacionados ao embalo da droga, indicam fosse o acusado integrante de organização criminosa, tendo aptidão para obstar a incidência daquele redutor.**

Entretanto, haja vista a impossibilidade de, em recurso exclusivo da defesa, elevar-se a pena em prejuízo do réu, é mantida a sentença apelada.

Ademais disso, a expressiva quantidade de entorpecentes, além da balança de precisão e outros apetrechos relacionados ao embalo da droga, indicam fosse o acusado integrante de organização criminosa. Tal conclusão obsta a substituição da pena carcerária por restritiva de direitos.

Por derradeiro, é certo que o estabelecimento do regime inicial de execução compõe a resposta penal ao crime praticado, devendo ser tanto mais rigorosa, quanto mais severa a ofensa ao bem jurídico tutelado, ou mais reprovável a conduta dos agentes. Sem a observância dessa proporcionalidade, a pena deixa de reafirmar o direito violado e passa a ser mera vingança pública contra o crime, o que de muito deixou de ser a finalidade do sistema jurídico-penal.

Nesse passo, não se pode olvidar que o tráfico ilícito de entorpecentes tem provocado profundos danos no seio social,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

trazendo a reboque uma gama de males diretos e indiretos. Entretanto, diante do montante da pena e primariedade do acusado, possível o deferimento do regime inicial semiaberto, para o caso de recusa ou descumprimento da pena substitutiva.

Para tais fins acolhe-se o recurso.

Ante tais motivos, dá-se parcial provimento ao recurso de José Aparecido dos Santos, para estabelecer o regime semiaberto para início de execução da pena, mantidos os demais termos da respeitável sentença apelada.

Daí o presente *mandamus*, no qual a impetrante alega que "*o juízo a quo reconheceu a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06, diminuindo a pena apenas pela metade, sem qualquer motivação idônea, o que foi mantido no acórdão recorrido*" (fl. 2).

Afirma que "*não há nos autos qualquer afirmação no sentido de que o paciente se dedique à prática de crimes, nem tampouco, de que integre organização criminosa*" (fl. 3).

Argumenta que a reprimenda aplicada não superou os 4 anos e, considerando ainda que todas as circunstâncias judiciais são favoráveis ao paciente, o regime aberto deverá ser o fixado para o início de cumprimento de pena, bem como ser substituída a pena corporal por pena restritiva de direitos.

Sustenta que, "*reconhecida a culpabilidade atenuada do agente que preencha os requisitos objetivos e subjetivos previstos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, não há que se falar em vedação à substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, tampouco em obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início de cumprimento da reprimenda*" (fl. 5).

Defende que "*não há lógica em por um lado considerar as circunstâncias judiciais favoráveis ao acusado para fins de reconhecimento do menor desvalor da conduta praticada, para, logo após, ignorá-las no tocante à fixação do regime prisional e eventual substituição da reprimenda*" (fl. 5).

Destaca que "*o Senado Federal suspendeu, nos termos do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, a execução de parte do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, especificamente a que veda a conversão em penas restritivas de direito, através da Resolução nº 05, de 2012, de 15 de fevereiro de 2012*" (fls. 10-11).

Requer, liminarmente e no mérito, seja fixado o regime aberto para cumprimento da pena imposta, bem como seja reconhecida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, expedindo-se alvará de soltura.

Liminar indeferida às fls. 92/95.

Informações prestadas às fls. 106/116 e fls. 118/130.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Durval Tadeu Guimarães (fls. 133/135), o Ministério Público Federal opina pelo não conhecimento da impetração.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.626 - SP (2015/0257984-5)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. REGIME SEMIABERTO. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.
2. Não há se falar em ilegalidade no estabelecimento do redutor na fração de 1/2 (um meio), em face da natureza e da quantidade da droga apreendida - 1.045kg de pasta base de cocaína e 0,393g de crack - a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. O *quantum* de redução aplicado fica indene ao crivo do *habeas corpus*, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.
3. Pelo princípio da *non reformatio in pejus*, o recorrente tem o direito de não ter sua situação agravada, direta ou indiretamente, quando se tratar de recurso exclusivo. Ressalvado meu entendimento pessoal sobre a matéria, em julgados recentes, a Sexta Turma tem decidido no sentido de que não fere o princípio em comento a adoção pelo Tribunal de motivação própria sobre as questões jurídicas ampla e contraditoriamente debatidas no juízo *a quo*, não se tratando de inovação indevida, desde que não agravada a situação do réu.
4. A expressiva quantidade de droga apreendida é circunstância idônea a justificar a fixação de regime inicial mais gravoso, bem como a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, ainda que a pena imposta seja inferior a 4 anos de reclusão (precedentes). Ressaltou-se, ainda, que o paciente integraria organização criminosa, conclusão impossível de ser alterada nesta sede, por demandar o reexame de provas.
5. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Destaco, inicialmente, que se trata de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, o que impede o seu conhecimento. Cabe avaliar, de qualquer sorte, a existência de ilegalidade patente a ensejar a concessão de ordem de ofício.

Eis o teor do édito condenatório, no que pertinente (fl. 56):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

Ante o exposto, julgo PROCEDENTE a denúncia e o faço para CONDENAR o réu JOSÉ APARECIDO DOS SANTOS, qualificado nos autos, como incurso no artigo 33, "caput" da Lei 11.343/06.

Passo a dosimetria da pena: observando-se os elementos norteadores, contidos no artigo 59 do Código Penal, constando à inexistência de circunstâncias que façam necessárias à prevenção e repressão do crime a elevação da pena acima do mínimo previsto, fixo a pena-base em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa e, à guisa de maiores elementos, no valor unitário mínimo previsto.

Em que pese a manifestação da Promotora de Justiça, **possível a redução prevista no artigo 33 §4º da referida lei na metade, considerando a quantidade e finalidade da droga, resultando em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa no valor fixado, que torno definitiva à minguada de outras circunstâncias.**

A pena privativa de liberdade ora aplicada será cumprida em regime fechado, uma vez que se trata de crime gravíssimo, eis que a real intenção do traficante é amealhar o maior número de vítimas, comprometendo toda a sociedade. A substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, tal como pretende a Defesa, se mostra inadequada à situação da ré e às circunstâncias do crime, equivalendo a sua total impunidade já que não é sequer satisfatória à reprovação de sua conduta e nem alcança sua finalidade retributiva - que visa à prevenção criminal e atender a culpabilidade do infrator e não atende de modo algum à melhor política criminal.

Recomenda-se a ré na prisão onde se encontra e após o trânsito em julgado, seja o seu nome lançado no rol dos culpados.

Por sua vez, o aresto impugnado consignou (fls. 85-87):

(...)

Não se discute acerca da apreensão realizada no processo, tampouco quanto à autoria imputada, sobejamente admitida pelo apelante, em ambas as oportunidades em que foi ouvido, sendo a confissão respaldada pela prova acusatória coligida aos autos.

Cinge-se, a pretensão da defesa, à redução da pena imposta, contudo não lhe assiste razão, em quaisquer dos argumentos levantadas.

Verifica-se que o cálculo da pena, ao atingir a segunda fase, mantinha a quantidade mínima prevista no tipo sancionador, 5 anos de reclusão, não sendo possível ao juiz reduzir a reprimenda aquém daquele patamar, consoante o disposto na Súmula 231 do STJ.

Na terceira etapa, apesar da considerável quantidade de entorpecente apreendido 974,5g de cocaína e 386,2g de “crack”, laudo de fl. 14 o magistrado aplicou o redutor em metade, afigurando-se por demais benéfica a solução adotada. Isso porque a quantidade de drogas apreendida poderia levar à prática de centenas de delitos de tráfico e uso próprio, envolvendo outras tantas pessoas nessa atividade ilícita. A possibilidade dessas consequências, bem ainda a indiferença do agente quanto a esse resultado, são fatores que revelam a personalidade fortemente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

voltada à prática criminosa e avessa ao ordenamento jurídico, circunstâncias que poderiam justificar a exasperação da pena-base, nos moldes do artigo 59 do Código Penal. **Ademais disso a expressiva quantidade de entorpecentes, além da balança de precisão e outros apetrechos relacionados ao embalo da droga, indicam fosse o acusado integrante de organização criminosa, tendo aptidão para obstar a incidência daquele redutor.**

Entretanto, haja vista a impossibilidade de, em recurso exclusivo da defesa, elevar-se a pena em prejuízo do réu, é mantida a sentença apelada.

Ademais disso, a expressiva quantidade de entorpecentes, além da balança de precisão e outros apetrechos relacionados ao embalo da droga, indicam fosse o acusado integrante de organização criminosa. Tal conclusão obsta a substituição da pena carcerária por restritiva de direitos.

Por derradeiro, é certo que o estabelecimento do regime inicial de execução compõe a resposta penal ao crime praticado, devendo ser tanto mais rigorosa, quanto mais severa a ofensa ao bem jurídico tutelado, ou mais reprovável a conduta dos agentes. Sem a observância dessa proporcionalidade, a pena deixa de reafirmar o direito violado e passa a ser mera vingança pública contra o crime, o que de muito deixou de ser a finalidade do sistema jurídico-penal.

Nesse passo, não se pode olvidar que o tráfico ilícito de entorpecentes tem provocado profundos danos no seio social, trazendo a reboque uma gama de males diretos e indiretos. Entretanto, diante do montante da pena e primariedade do acusado, possível o deferimento do regime inicial semiaberto, para o caso de recusa ou descumprimento da pena substitutiva.

Para tais fins acolhe-se o recurso.

Ante tais motivos, dá-se parcial provimento ao recurso de José Aparecido dos Santos, para estabelecer o regime semiaberto para início de execução da pena, mantidos os demais termos da respeitável sentença apelada.

Quanto ao patamar de diminuição na terceira fase da dosimetria, não há nada a retificar no acórdão atacado, porquanto não houve ilegalidade no estabelecimento do redutor na fração de 1/2, dada a natureza e a quantidade de droga apreendida - 1.045 kg (um quilograma e quarenta e cinco gramas) de pasta base de cocaína e 0,393 (trezentos e noventa e três gramas) de crack (fl. 50). Pelo contrário, como bem salientou o Aerópago estadual "o magistrado aplicou o redutor em metade, afigurando-se por demais benéfica a solução adotada".

Com efeito, é este o espírito da Lei Antidrogas, que dispõe:

"Art. 42. 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

Ademais, fixar outro montante de redução demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com a via angusta do *habeas corpus*:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. NATUREZA DA DROGA. FIXADO O REGIME INICIAL FECHADO E NEGADA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. O estabelecimento do redutor na fração de 1/3 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, dada a natureza da droga apreendida - 18 papalotes de crack - a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. O quantum de redução aplicado fica indene ao crivo do habeas corpus, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

(...)

5. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de que, afastados a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas e o fundamento referente à gravidade in abstracto do delito, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

(HC 315.705/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 31/03/2015)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA REDUZIDA NO MÍNIMO LEGAL (§ 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006) COM BASE NA QUANTIDADE, DIVERSIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE. ALTERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO (STF, HC 111.840). SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio, ressaltando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

- O Tribunal a quo aplicou a causa de diminuição de pena (§ 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006) no patamar de 1/6 (um sexto), levando-se em conta a natureza, diversidade e quantidade de droga apreendida



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4 invólucros de maconha, pesando 13,3g (treze virgula três gramas), 26 de cocaína, pesando 21g (vinte e um gramas) e 35 de crack, pesando 9g.

- O acórdão está de acordo com o entendimento desta Corte de que o juiz, na aplicação da causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, deve levar em consideração a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006. Precedentes: AgRg no HC 247.019/ES, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5ª T., DJe 25.3.2013; HC 221.761/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T. DJe 14/06/2013).

- Estando devidamente fundamentado o quantum de redução da pena, é inviável, em sede de habeas corpus, a sua alteração, tendo em vista a necessidade de revolvimento de fatos e provas. Precedente: HC 173.511/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 22.2.2012.

- Fixado o regime inicial fechado com base no § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, posteriormente declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (HC 111.840/ES, julgado em 27/6/2012), cabe ao Juízo da Execução, tendo em vista o trânsito em julgado da condenação, reavaliar os elementos concretos dos autos, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, para verificar qual o regime inicial adequado para o paciente. Precedentes: AgRg no HC 257.178/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, 6ª Turma, DJe 23.9.2013; HC 226.064/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, DJe 24.4.2013.

- Mantida a pena privativa de liberdade acima de 4 (quatro) anos, não há falar em substituição por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para que o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de eventual modificação do regime inicial de cumprimento da pena.

(HC 259.490/RJ, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 18/06/2014)

De outra banda, no que tange à fixação do regime inicial de cumprimento de pena e à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, melhor sorte não assiste à Defesa.

Cumprido esclarecer, inicialmente, que me filio ao posicionamento de que não é dado ao Tribunal, em recurso exclusivo do réu, reexaminar as circunstâncias judiciais, eis que a referida prática violaria o princípio do *ne reformatio in pejus*. Isso porque a Corte estadual deveria, tão somente, apreciar a legalidade dos fundamentos da sentença e não criar nova análise que possa trazer prejuízo à situação do condenado.

Nesta senda, em recurso exclusivamente defensivo, não seria possível ao Tribunal modificar o entendimento do Juízo singular em prejuízo do réu, ainda que o resultado final não seja mais gravoso que o prolatado em primeiro grau de jurisdição.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Entretanto, considerando os recentes julgados da Sexta Turma, nos quais fiquei vencida, juntamente com o Ministro Sebastião Reis Júnior, penso ser o caso de ressaltar o meu entendimento, tendo em vista, inclusive, o julgamento do HC n.º 304.886/SP, ocorrido na sessão de 24.2.2015. Eis o teor da ementa:

HABEAS CORPUS. ROUBO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. REGIME INICIAL FECHADO. DADOS FÁTICOS CONCRETOS. MODO MAIS BRANDO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO. FUNDAMENTOS NOVOS. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Para a escolha do regime prisional, devem ser observadas as diretrizes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal, além dos dados fáticos da conduta delitiva que, se demonstrarem a gravidade concreta do crime, poderão ser invocados pelo julgador para a imposição de regime mais gravoso do que o permitido pelo *quantum* da pena.

2. Não há ilegalidade na fixação do regime inicial fechado quando apontados dados fáticos suficientes a indicar a gravidade concreta do crime – **na espécie, o emprego de arma de fogo, que gerou temor na vítima, e o disparo efetuado pelo comparsa** –, ainda que o agente seja primário e o *quantum* da pena seja inferior a oito anos (art. 33, § 3º, do CP).

3. A proibição de reforma para pior garante ao recorrente, na espécie ora versada, o direito de não ter sua situação agravada, direta ou indiretamente. **Não obsta, entretanto, que o tribunal, para dizer o direito** – exercendo, portanto, sua soberana função de *juris dictio* – encontre motivação própria, respeitada, insisto, a imputação deduzida pelo órgão de acusação, a extensão cognitiva da sentença impugnada e os limites da pena imposta no juízo de origem.

4. Não há que se invalidar o julgamento de apelação em que o tribunal – no exercício de sua jurisdição, obrigado, por imposição constitucional, a indicar as razões de sua convicção (art. 93, IX, da C.R.), e no âmbito da devolutividade plena inerente ao recurso em apelo – melhor explicita as circunstâncias judiciais reconhecidas de modo mais sucinto na sentença impugnada exclusivamente pela defesa, respeitados o limite da pena fixada em primeiro grau e o espectro fático-jurídico sobre o qual se assentou a decisão recorrida, para, ao final, manter o regime fechado para início do cumprimento da pena.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

No mesmo sentido decidiu a Sexta Turma nos autos do HC n.º 254.070/SP e do HC n.º 275.110/SP, ambos de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz.

Desse modo, embora ainda comungue da compreensão inicialmente explanada, curvo-me ao recente entendimento do Colegiado.

Nessa esteira de inteligência, entende-se que o efeito devolutivo da apelação autoriza a Corte estadual, quando instada a se manifestar sobre a dosimetria, a examinar as circunstâncias judiciais e rever todos os aspectos da individualização da pena deliberados no édito condenatório, seja para manter ou reduzir a sanção imposta em primeira instância, bem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

como para analisar as demais circunstâncias satelitárias, tais como a fixação do regime inicial de cumprimento de pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, como sói ser a hipótese dos autos.

Assim, considera-se possível nova ponderação dos fatos e circunstâncias em que se deu a conduta criminosa pelo Tribunal *a quo*, mesmo tratando-se de recurso exclusivamente defensivo, sem que se incorra em *reformatio in pejus*, desde que não seja agravada a situação do réu, tal como no caso em testilha.

Dito isso, denota-se que, apesar de a reprimenda final imposta não ser superior a 04 (quatro) anos, bem como concorrerem outras condições favoráveis ao réu, a quantidade expressiva de droga destacada pelo Sodalício local - 1.045 kg (um quilograma e quarenta e cinco gramas) de pasta base de cocaína e 0,393 (trezentos e noventa e três gramas) de crack (fl. 50)-, confere substrato fático-jurídico apto a alicerçar a sujeição do apenado a regime mais gravoso (semiaberto), a despeito de tal circunstância não ter sido empregada na fixação da pena-base, estabelecida no mínimo legal; ao tempo em que indica que a substituição da pena privativa por restritivas de direitos não é medida suficiente à repressão e à prevenção da conduta praticada, devendo, pois, ser mantido nesses pontos o julgado de origem.

Nesse sentido, recentes precedentes desta Corte superior de justiça:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO E NÃO SUBSTITUIÇÃO DA PENA FUNDAMENTADOS NA NATUREZA E NA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (2.050g DE PASTA-BASE DE COCAÍNA). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRECEDENTE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A natureza e a quantidade de droga apreendida podem justificar a fixação de regime inicial fechado, bem como a não substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, ainda que a pena imposta seja inferior a 4 anos de reclusão. Precedentes.

2. Na hipótese, o Tribunal de origem justificou a imposição do regime inicial fechado e também a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, principalmente, em razão da natureza e da quantidade de droga apreendida (2.050g de pasta-base de cocaína).

3. Agravo regimental não provido

(AgRg no AREsp 473.708/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2015, DJe 29/10/2015)

INDEFERIMENTO LIMINAR DE HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. FALTA DE CABIMENTO DA IMPETRAÇÃO. INEVIDÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ALTERAÇÃO DE REGIME. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. DIVERSIDADE, QUANTIDADE E



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL ESTADUAL AMPARADO PELA JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

1. Incabível é o ajuizamento do habeas corpus em substituição ao recurso pertinente.

2. No crime de tráfico de drogas, o fato de as circunstâncias judiciais serem favoráveis ao réu e de a pena privativa de liberdade aplicada ser inferior igual ou inferior a 4 (quatro) anos não lhe assegura, por si só, o direito de cumpri-la em regime aberto.

Dependendo da variedade, da natureza (potencial lesivo à saúde) e/ou da quantidade das drogas com ele apreendidas, poderá ser imposto regime mais gravoso (Lei n. 11.343/2006, art. 42; STJ, AgRg no AREsp 202.564/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 10/02/2015; AgRg no REsp 1.462.967/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 05/02/2015) e, ainda, obstada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (AgRg na Rcl 21.663/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 26/11/2014) - HC n. 326.584/SP, Ministro Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SP), Quinta Turma, DJe 30/9/2015.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 338.241/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 10/11/2015, DJe 25/11/2015)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADA À SANÇÃO CORPORAL TOTAL DE 4 ANOS DE RECLUSÃO. FRAÇÃO DE REDUÇÃO PELA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006 ESTABELECIDADA EM 1/5, COM BASE NA QUANTIDADE E NOCIVIDADE DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME PRISIONAL FECHADO FIXADO, NA SENTENÇA, COM BASE NA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. NECESSIDADE DE ESTABELECIMENTO DO REGIME INTERMEDIÁRIO. QUANTIDADE CONSIDERÁVEL DA DROGA APREENDIDA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- Irretocável o acórdão recorrido que, analisando as circunstâncias do caso concreto, manteve a redução da pena, pelo § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, no percentual de 1/5, tendo em vista as peculiaridades do caso, quais sejam, a considerável quantidade de droga apreendida e a natureza da substância entorpecente (46 pedras de crack).

- 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.

- O regime de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena comporta pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas 440/STJ e 718/STF.

- **Na espécie, embora a paciente seja primária e tenha sido fixada a pena em 4 anos de reclusão, em razão da quantidade e nocividade da droga apreendida, o regime semiaberto é o que mais se amolda ao caso, seguindo os termos do disposto no art. 33, § § 2º e 3º, do CP e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.**

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para modificar o regime de cumprimento da pena para o semiaberto.

(HC 328.772/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/11/2015, DJe 17/11/2015)

De mais a mais, tendo a Corte estadual concluído que **o paciente integraria organização criminosa**, não cabe, nesta sede, a inversão do decidido, eis que vedada a análise aprofundada das provas produzidas nos autos.

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0257984-5

HC 338.626 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00146787820148260309 146787820148260309 20150000518837

EM MESA

JULGADO: 15/12/2015

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ROSELY GALVÃO MOTA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ APARECIDO DOS SANTOS (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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.