



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 326.995 - SP (2015/0139437-1)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
IMPETRANTE : MICHEL DA SILVA MARTINS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CAIQUE FERREIRA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). *QUANTUM* DE REDUÇÃO. PROPORCIONALIDADE. REGIME FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. GRAVIDADE CONCRETA. QUANTIDADE DE DROGA. ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL E ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. Os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias para aplicar ao caso concreto a fração de 1/6 da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, em razão da quantidade de drogas apreendidas (170 porções de "maconha", com peso total de 851g), estão em consonância com o entendimento desta Corte.

3. Quanto à imposição do regime fechado pela Corte Estadual, não há ilegalidade a ser reparada, pois, embora a primariedade do paciente e o *quantum* de pena aplicado, superior a 4 e inferior a 8 anos (art. 33, § 2º, "b", do CP), permitem, em tese, a fixação do regime semiaberto, a quantidade de droga apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/06) justifica a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso o fechado, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do Código Penal e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma.

4. A questão atinente à ocorrência de *bis in idem* não foi submetida ou apreciada pelo Tribunal de origem, o que obsta a sua análise por esta Corte Superior, sob risco de se incorrer em indesejável supressão de instância.

Habeas corpus não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido.

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

Brasília (DF), 28 de junho de 2016(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 326.995 - SP (2015/0139437-1)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : MICHEL DA SILVA MARTINS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CAIQUE FERREIRA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de CAIQUE FERREIRA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0038286-20.2012.8.26.0554.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial aberto, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, e § 4º, da Lei n. 11.343/06 (tráfico privilegiado) (fls. 217/221).

Em apelação, o Tribunal *a quo* deu provimento ao recurso ministerial para aumentar a reprimenda para 4 anos e 2 meses de reclusão e fixar o regime inicial fechado (fls. 318/331).

Daí o presente *writ*, no qual o impetrante alega que o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas deve ser aplicado no mesmo patamar fixado na sentença condenatória, pois a quantidade não foi grande para justificar a redução em apenas 1/6. Aduz, ainda, que houve incidência do *bis in idem* em razão de o Tribunal de origem ter utilizado a quantidade de droga para reduzir o patamar aplicado à minorante e fixar o regime fechado.

Por fim, sustenta que o regime mais gravoso foi baseado apenas na gravidade abstrata do delito e na natureza da droga apreendida, o que viola o Enunciado n. 440 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça e n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Requer, assim, a aplicação da causa redutora no patamar de 1/2 e, consequentemente, a fixação de regime prisional aberto.

A liminar foi indeferida (fls. 350/351), as informações devidamente prestadas (fls. 358/374) e o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem de ofício, para “reduzir a reprimenda do paciente na metade, perfazendo uma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena corporal total de 2 anos e 6 meses de reclusão”, como que seja fixado o regime aberto para o seu cumprimento (fls. 379/381).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 326.995 - SP (2015/0139437-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (Relator):

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, a aplicação da causa redutora no patamar de 1/2 e, consequentemente, a fixação de regime prisional aberto.

O paciente foi preso em flagrante na posse de 170 porções de "maconha", com peso total de 851 gramas. Diante disso, foi condenado por tráfico de drogas, tendo o magistrado de primeiro grau condenado o paciente à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial aberto. O Tribunal *a quo* deu provimento à apelação da acusação para reduzir o patamar da benesse prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 para 1/6, restando a pena em 4 anos e 2 meses, sendo fixado o regime inicial fechado para cumprimento de pena, sob os seguintes fundamentos:

No caso em apreço, o MINISTÉRIO PÚBLICO não questiona o direito de CAIQUE e MARCOS ao redutor, mas sim, única e exclusivamente, o seu quantum.

A quantidade da droga apreendida (170 porções de maconha, com aproximadamente 851g) e, o envolvimento de CAIQUE em outro processo por crime de tráfico de drogas, se não se mostram suficientes para inibir a incidência do redutor, ao menos se apresentam relevante para determinação do quantum a ser reduzido.

Vale lembrar os ensinamentos de CARLOS FERNANDES SANDRIN e JAQUES DE CAMARGO PENTEADO (Drogas: Imputabilidade e Dependência, Edições APMP, São Paulo, 1994, p. 23), no sentido de que um "fininho" de maconha pesaria em média 0,76g com isso, as 851g de maconha apreendidas seriam suficientes para a confecção de mais de 1.119, levando ao consumo inúmeros usuários, tudo evidenciando maior culpabilidade por parte dos Apelados, justifica a redução mínima das penas (1/6), que passam a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

totalizar 04 anos e 02 meses de reclusão e, 416 dias-multa.

Pleiteia também o MINISTÉRIO PÚBLICO a imposição do regime prisional fechado. O regime fechado decorre de texto expresso de lei (art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90), que deve ser respeitado. A própria Carta Magna previu tratamento diferenciado para os crimes hediondos e equiparados, mais rigoroso em razão da nocividade desses delitos para o bem estar social.

Destarte, embora esse tratamento mais rigoroso não chegue a ponto de impor um regime integralmente fechado, certo é que a Constituição Federal estipulou um tratamento diferenciado a esses delitos; logo, não poderiam eles ser agraciados com regimes prisionais mais brandos de início, tal qual os crimes comuns.

A sociedade estaria em risco com um tratamento mais brando a esses delitos deste o início da execução da sanção penal.

A própria Constituição autorizou um tratamento mais rigoroso aos crimes hediondos e equiparados (art. 5º, XLIII), assim, contemporizando esse dispositivo com o outro dispositivo constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI) e buscando dar efetividade mínima às duas normas constitucionais, colhe-se que o regime inicial de cumprimento da pena para os crimes hediondos e equiparados deve ser o fechado (dando-se assim efetividade à vontade do Poder Constituinte de um tratamento mais severo aos crimes hediondos) podendo o condenado progredir de regime conforme venha adquirindo condições graduais de retorno ao convívio social (efetivando-se o princípio constitucional da individualização da pena).

Além disto, **o regime fechado é o único compatível com a grande quantidade de droga apreendida (170 porções), com 851g, suficientes, como já alertado, para o feitiço de mais de 1.119 fininhos (fls. 367/369).**

O acórdão está em consonância com o entendimento desta Corte de que, na escolha do *quantum* de redução da pena (art. 33, § 4º, da Lei de Drogas), o juiz deve levar em consideração a quantidade e a natureza da substância apreendida, por expressa previsão legal (art. 42 da Lei n. 11.343/06).

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO FIXADA EM 1/6. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA QUE JUSTIFICAM A FRAÇÃO UTILIZADA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- Deve ser mantida a fração redutora de 1/6, pelo reconhecimento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006, quando o acórdão, dentro da discricionariedade permitida por lei, fundamenta, concretamente, na quantidade e natureza da droga apreendida.

- Tendo em vista o não redimensionamento da pena e mantido o patamar acima de 4 anos, o paciente não faz jus ao regime aberto, conforme disposições do art. 33, § 2º, do Código Penal.

- Não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista que o quantum da pena aplicada supera o limite previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 336.468/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 19/04/2016).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. **ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. MAIOR REPROVABILIDADE DO FATO. PERCENTUAL DE REDUÇÃO DE PENA. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR.** IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO NA PRESENTE VIA. VERBETE SUMULAR N.º 7/STJ. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. FUNDAMENTO IDÔNEO PARA DETERMINAR A FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DESTA CORTE SUPERIOR. VEDAÇÃO DO ENUNCIADO N.º 83 DA SÚMULA DO STJ. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. No tocante à causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas, o legislador se ateve a fixar os pressupostos para a sua incidência deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para escolha entre a menor e a maior frações indicadas no referido dispositivo legal, cabendo ao julgador, atento às singularidades do caso concreto, dosar o decréscimo.

2. A redução no patamar de 1/6 (um sexto) foi fixado com base em elementos extraídos dos autos que indicaram a maior reprovabilidade da conduta, evidenciada na quantidade e natureza do entorpecente encontrado em poder dos insurgentes. Inviabilidade de revisão do quantum eleito na presente via na ausência de ilegalidade manifesta. Enunciado Sumular n.º 7/STJ.

3. Ademais, **este Superior Tribunal de Justiça entende que a quantidade ou qualidade da droga apreendida pode ser utilizada como fundamento para a determinação da fração de redução da pena com base no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, circunstância que evidencia a impossibilidade de admissão do apelo nobre em razão da incidência da vedação do Verbetes Sumular n.º 83/STJ, também aplicável ao recurso especial interposto com fundamento na alínea a do permissivo constitucional.**

4. Agravo a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 718.015/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 28/03/2016).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na hipótese, verifico que a Corte Estadual fundamentou a fixação do regime inicial fechado com base na gravidade concreta do delito, revelada especialmente pela quantidade e natureza da droga apreendida, que justificou a aplicação da causa redutora de pena (§ 4º do art. 33 da Lei de Drogas) no patamar mínimo de 1/6.

Dessa forma, não evidencio ilegalidade na imposição do regime fechado pela Corte Estadual, pois, embora a primariedade do paciente e o *quantum* de pena aplicado, superior a 4 e inferior a 8 anos (art. 33, § 2º, "b", do CP), permitem, em tese, a fixação do regime semiaberto, a quantidade de droga apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/06) justifica a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso o fechado, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do Código Penal e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma.

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 À PENA DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA FIGURA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. INVIABILIDADE. INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS ESTABELECEM QUE O PACIENTE DEDICA-SE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. REFERÊNCIAS À HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. REGIME MAIS GRAVOSO MANTIDO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE ENSEJAM A NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- Esta Corte Superior tem decidido que a quantidade, a variedade e a nocividade da droga, bem como as circunstâncias nas quais foi apreendida, evidenciam a dedicação do réu à atividade criminosa e, em decorrência, podem embasar o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- Hipótese em que não foi reconhecida a figura do tráfico privilegiado pelas instâncias ordinárias com base na quantidade e variedade das drogas apreendidas (11 trouxinhas de maconha, 7 de crack e 27 invólucros de cocaína) e das circunstâncias em que o delito ocorreu, as quais indicam que o paciente dedicava-se a atividades criminosas. Modificar tal conclusão requer o revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- 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 e 719/STF.

- **No caso, devem ser afastadas as referências feitas, na sentença e no acórdão recorridos, à hediondez do delito de tráfico como fundamentação para a fixação do regime mais gravoso. Todavia, é de ser mantido o regime fechado, pois há circunstância concreta que recomenda o regime mais gravoso, qual seja, a quantidade, a variedade e a nocividade das drogas apreendidas, tanto que não foi reconhecida a figura do tráfico privilegiado, de modo que deve ser mantido o regime fechado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.**

- Habeas corpus não conhecido (HC 290.729/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 15/04/2016).

Por fim, a alegação da defesa de ocorrência de *bis in idem* não merece ser conhecida, tendo em vista que tal tema não foi tratado pelo Tribunal a quo por ocasião do julgamento da apelação, o que inviabiliza a sua análise no âmbito deste *mandamus* por caracterizar inviável supressão de instância. Sobre o tema, destaco os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. ARTS. 12 E 14 DA LEI 6.368/76. CONDENAÇÃO. FALTA DE PROVAS. NÃO CONFIGURAÇÃO DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO. EXAME APROFUNDADO DOS AUTOS. VIA INADEQUADA. ATIPICIDADE. BIS IN IDEM. ERRO MATERIAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. PEDIDO MANIFESTAMENTE INCABÍVEL. RECURSO NÃO ACOLHIDO.

1. Mostra-se adequada a decisão que nega seguimento, de forma monocrática, a habeas corpus manifestamente incabível, nos termos do art. 34, XVIII, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

2. A alegação de falta de provas do cometimento do crime de tráfico de drogas e da associação não pode ser avaliada na via estreita do habeas corpus, por demandar o exame aprofundado dos autos.

3. As teses que não foram objeto da apelação, e por isso não foram tratadas pelo Tribunal de origem, não podem ser aqui enfrentadas, sob pena de indevida supressão de instância.

4. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no HC 326.128/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 15/04/2016).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TRÁFICO INTERESTADUAL DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. DIMINUIÇÃO DE 1/6 (UM SEXTO). ELEVADA QUANTIDADE DA DROGA. MITIGAÇÃO NO MÍNIMO JUSTIFICADA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. Consoante firme entendimento desta Corte, a quantidade e a qualidade da droga preponderam para fins de determinação do patamar de redução pela aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

2. Não há ilegalidade na aplicação do redutor em 1/6 (um sexto), de acordo com o previsto no art. 42 da Lei n. 11.343/06 e art. 59 do Código Penal, dada a grande quantidade da substância entorpecente apreendida - 57 kg de maconha.

DOSIMETRIA. ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM NO CÁLCULO DA PENA. INVIABILIDADE DE ANÁLISE DIRETAMENTE POR ESTE TRIBUNAL SUPERIOR. MATÉRIA NÃO DIRIMIDA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. Inviável a análise do alegado bis in idem na fixação da reprimenda, porquanto a questão deixou de ser suscitada pelo recorrente e tampouco analisada pelo Tribunal a quo por ocasião do julgamento da apelação e dos embargos de declaração, sob pena de se incidir na indevida supressão de instância.

REGIME INICIAL. SANÇÃO FINAL NÃO ALTERADA. PREJUDICIALIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. Ausente ilegalidade na aplicação da pena do paciente no patamar fixado pelas instâncias ordinárias, resta prejudicado o o pleito de alteração do modo prisional.

2. Recurso improvido (AgRg no HC 311.366/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 28/05/2015).

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer do presente *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0139437-1

HC 326.995 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00382862020128260554 20150000024640 382862020128260554 5540120120382860

EM MESA

JULGADO: 28/06/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MICHEL DA SILVA MARTINS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CAIQUE FERREIRA
CORRÉU : MARCOS PAULO VIANA

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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.