



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 339.847 - SP (2015/0272425-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : LUIZ EDUARDO PENTEADO BORG
ADVOGADO : LUIZ EDUARDO PENTEADO BORG
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : APARECIDO STRADA (PRESO)

EMENTA

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, PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA QUE JUSTIFICA O NÃO RECONHECIMENTO. REGIME FECHADO. QUANTIDADE DA DROGA QUE JUSTIFICA O REGIME MAIS GRAVOSO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

– 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.

– Caso em que não foi reconhecida a figura do tráfico privilegiado, com base na quantidade e nocividade da droga apreendida (42,8kg de cocaína na forma de *crack*) e das circunstâncias em que o delito ocorreu, as quais indicam que o paciente dedica-se a atividades criminosas. Modificar tal conclusão requer o revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do *habeas corpus*.

– 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.

– Por outro lado, destaque-se que o regime de cumprimento de pena mais gravoso até pode ser estabelecido, mas, para tanto, é necessário fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e o Supremo Tribunal Federal, as Súmulas 718 e 719.

– A quantidade considerável da droga apreendida com o paciente (42,8kg de cocaína na forma de *crack*) é circunstância que recomenda o regime mais gravoso para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

– *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 Ribeiro Dantas, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de dezembro de 2015 (Data do Julgamento).

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 339.847 - SP (2015/0272425-7)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : LUIZ EDUARDO PENTEADO BORGIO
ADVOGADO : LUIZ EDUARDO PENTEADO BORGIO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : APARECIDO STRADA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Cuida-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de APARECIDO STRADA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n. 3006793-17.2013.8.26.0302).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, como incurso no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, inciso V, ambos da Lei n. 11.343/2006, à pena de 8 (oito) anos e 9 (nove) meses de reclusão, em regime fechado.

Interposta apelação, o Tribunal local deu parcial provimento ao recurso, para fixar a pena-base no mínimo legal, redimensionando a pena para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mantido o regime fechado, nos seguintes termos, consoante acórdão assim ementado (e-STJ fls. 29/34):

TRÁFICO. Nulidades. Inocorrência. Desnecessidade de intimação para indicar a data da realização de audiência no juízo deprecado, se a Defesa foi intimada da expedição da carta precatória. Adequação da audiência registrada por meio audiovisual. Inteligência do art. 405, §§1º e 2º do CPP e da Resolução nº 105/2010 do CNJ. Preliminares rejeitadas.

TRÁFICO. Crime. Configuração. Materialidade e autoria demonstradas. Prova. Confissão judicial somada aos depoimentos dos policiais que prenderam o réu em flagrante. Apreensão da droga. Validade dos depoimentos de policiais desde que não infirmados por outros elementos de prova. Suficiência para a procedência da ação penal. Grande quantidade. Intuito mercantil evidenciado. Condenação mantida. Pena-base reestabelecida no mínimo legal. Ne bis in idem. Descabimento da causa de diminuição prevista no art. 33, §4º da Lei de Drogas. Manutenção do aumento previsto no artigo 40, V, da Lei 11.343/06. Regime inicial fechado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

confirmado. Parcial provimento.

Nas razões do presente *mandamus*, o impetrante sustenta que o paciente faz *jus* à aplicação da causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas e à fixação do regime inicial aberto para cumprimento da pena.

Ao final, liminarmente e no mérito, pede pela redução da pena e pela fixação do regime prisional mais brando.

Pedido liminar indeferido (e-STJ fls. 47/48).

Informações prestadas às e-STJ fls. 56/87.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pelo não conhecimento da ordem e, caso conhecida, pela sua denegação (e-STJ fls. 92/94).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 339.847 - SP (2015/0272425-7)

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Inicialmente, cumpre analisar a adequação da via eleita para a manifestação da irresignação contra o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*.

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.

No caso, a impetração insurge-se contra acórdão do Tribunal de origem que deu provimento parcial ao apelo interposto pela defesa, o que, de acordo com a nossa sistemática recursal, ensejaria a hipótese de recurso especial.

Assim, embora o impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise das teses defensivas, a fim de verificar a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação, de ofício, por este Superior Tribunal de Justiça.

Como já consignado no relatório, busca a defesa a aplicação da causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e a fixação de regime menos gravoso para o cumprimento da pena.

O acórdão recorrido, ao julgar o apelo defensivo, reduziu a pena-base, mas manteve o não reconhecimento do tráfico privilegiado e o regime fechado, com base na seguinte fundamentação:

Na primeira fase, considero que a elevada quantidade de entorpecentes justifica, em tese, a fixação da pena-base acima do mínimo, contudo, a fim de evitar a incidência do ne bis in idem, reconduzo-a ao mínimo legal.

Com efeito, a melhor técnica hermenêutica e a vedação à dupla



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

punição do acusado não autorizam a valoração de uma mesma circunstância (quantidade de entorpecente) em duas ou mais fases da dosimetria da pena.

O acusado admitiu o transporte da droga, mas teve a pena fixada, na primeira etapa, na base, impossibilitada a redução abaixo do mínimo (Súmula 231 do STJ).

Na terceira fase, mantenho o acréscimo de 1/6 pela causa especial de aumento prevista no art. 40, V, da Lei de Drogas (tráfico interestadual), tornando a reprimenda definitiva em 5 anos e 10 meses de reclusão dias- multa, e 583 dias-multa, no piso.

Em que pese o inconformismo defensivo, é incabível a causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º da Lei de Drogas, pois o acusado demonstrou (pela grande quantidade de droga transportada, sendo inclusive a mais nociva delas) que se dedicava a atividades ilícitas e contribuía com organização criminosa.

Com efeito, a natureza e quantidade de entorpecentes apreendidos desautoriza a concessão da benesse, sendo recomendada a segregação do acusado para garantia do caráter punitivo e preventivo da reprimenda, mesma razão pela qual mantenho o regime inicial fechado.

Diante do exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao apelo para reduzir as penas do acusado a 5 anos e 10 meses reclusão e 583 dias- multa, no piso, mantido o regime inicial fechado. (e-STJ fls. 33/34).

Pela leitura do excerto retromencionado, constata-se que não foi reconhecida a figura do tráfico privilegiado com base na quantidade e na natureza da droga apreendida, as quais indicam que o paciente dedica-se a atividades criminosas, consoante entendimento já firmado por esta Corte Superior de Justiça.

De fato, infere-se dos autos que, com o paciente, foram apreendidos 42,8kg de cocaína na forma de *crack* (e-STJ fl. 19), quantidade e nocividade que, sem dúvidas, evidenciam a dedicação a atividade criminosa.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL DECIDIDO MONOCRATICAMENTE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INOCORRÊNCIA.

1. O art. 557 do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente na área penal, autoriza ao relator negar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seguimento ao recurso manifestamente inadmissível ou improcedente, justamente o que se verificou no presente caso, em que o recurso foi decidido com base na jurisprudência pacificada do Superior Tribunal de Justiça.

TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. RECONHECIMENTO, NA ESPÉCIE. CARÁTER HEDIONDO DO DELITO PRIVILEGIADO. PREJUDICIALIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. A quantidade e a natureza do entorpecente apreendido constituem elementos que denotam a dedicação do réu a atividades criminosas, podendo obstar a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

(...)

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1445238/MS, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO – Desembargador convocado do TJ/PE – Quinta Turma, julgado em 1/10/2015, DJe 13/10/2015) – (grifei).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06). DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO NÃO APLICADA (§ 4º). QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGA. REEXAME DE PROVAS. REGIME FECHADO. LEI N. 8.072/90. FUNDAMENTO INIDÔNEO. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DE PENA SUPERIOR A 4 ANOS POR RESTRITIVA DE DIREITOS (ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL - CP). WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

- A causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 não foi aplicada no caso concreto em razão da dedicação do paciente a atividades criminosas, evidenciada sobretudo pela quantidade e variedade de droga apreendida. Para se afastar essa conclusão, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em sede de habeas corpus.

(...)

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Juízo da Vara de Execuções Criminais, a partir de dados concretos, decida acerca da possibilidade de fixar à paciente regime inicial mais brando. (HC 242.216/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO – Desembargador convocado do TJ/SP – Sexta Turma, julgado em 20/10/2015, DJe 12/11/2015) – (grifei).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Portanto, em razão das circunstâncias fáticas colhidas nos autos, as instâncias ordinárias concluíram que o paciente dedica-se a atividade criminosa, o que afasta a figura do tráfico privilegiado, de modo que modificar tal entendimento importa em revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do *habeas corpus*.

Nesse sentido:

CONSTITUCIONAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (LEI N. 11.343/2006, ART. 33). APREENSÃO DE 16 PEDRAS DE CRACK. PENA FIXADA EM 3 (TRÊS) ANOS, 10 (DEZ) MESES E 20 (VINTE) DIAS DE RECLUSÃO. PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA (ART. 33, § 4º) QUE NÃO PODE SER CONHECIDO PORQUANTO IMPORTARIA NO REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DE IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO (STF, HC N. 111.840). HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

03. Em habeas corpus, não pode ser conhecida pretensão consistente no reconhecimento da causa especial de redução da pena, ou do quantum (Lei n. 11.343/2006, art. 33, § 4º), se o seu exame depender exclusivamente do revolvimento do conjunto fático-probatório (HC 292.121/MS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 19/05/2015; AgRg no HC 316.636/RJ, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 05/03/2015).

(...)

05. Habeas corpus não conhecido. Concessão, no entanto, de ofício, para, confirmando a decisão concessiva da tutela de urgência, estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena privativa de liberdade. (HC 315.701/SP, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO – Desembargador convocado do TJ/SC – Quinta Turma, julgado em 25/8/2015, DJe 2/9/2015) – (grifei).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. OBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 3º, DO CP. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

n. 11.343/2006, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do(a) acusado(a), que este(a) não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.

2. Não há constrangimento ilegal no ponto em que, fundamentadamente, não foi aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, à vista de elementos concretos que indicaram a dedicação do acusado à atividade criminosa do tráfico.

3. Para acolher a tese defensiva de que o acusado não se dedica a atividades criminosas, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência vedada na via estreita do habeas corpus.

4. À vista da pena final aplicada (5 anos de reclusão) e da quantidade e natureza das drogas, revela-se correta a fixação do regime inicial fechado, a teor do art. 33, § 3º, do CP, pois a escolha do regime de cumprimento da pena deu-se com observância dos critérios legais, previstos no art. 42 da Lei de Drogas.

5. Ordem não conhecida. (HC 316.802/SP, REL. ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe 2/6/2015) – (grifei).

Quanto ao regime, sabe-se que 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.

Por outro lado, destaque-se que o regime de cumprimento de pena mais gravoso até pode ser estabelecido, mas, para tanto, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:

Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Nesse mesmo sentido, as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, *in verbis*:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

No caso, observa-se que o regime fechado, mais gravoso do que a pena de 5 anos e 10 meses de reclusão comporta, foi estabelecido com base em fundamentação específica, ante a gravidade concreta do delito, evidenciada pela considerável quantidade da droga apreendida (42,8 kg de cocaína na forma de crack), circunstância que recomenda o regime mais gravoso 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.

Nesse sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. LEGALIDADE. REGIME MAIS GRAVOSO. CONFIRMAÇÃO.

(...)

4. Legalidade do regime fechado fixado na origem, não pela hediondez do delito, mas em razão da quantidade e da qualidade da droga apreendida (150g de cocaína), à vista do que dispõe o art. 42 da Lei de Entorpecentes. Precedentes.

5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC 300.677/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 8/9/2015, DJe 29/9/2015) – (grifei).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). DEDICAÇÃO DO RÉU A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. REEXAME DE PROVAS. REGIME FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. NATUREZA DA DROGA. SUBSTITUIÇÃO DE PENA. IMPOSSIBILIDADE. REPRIMENDA ACIMA DE 4 ANOS (ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL - CP). HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

- O regime fechado foi fixado com base na gravidade concreta do delito, revelada especialmente pela natureza da droga apreendida



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(cocaína), em consonância com a jurisprudência desta Corte, segundo a qual, quanto maior o poder de disseminação e o efeito deletério do entorpecente, maior a gravidade da conduta, exigindo uma resposta mais efetiva do Estado, sobretudo por força do princípio da individualização da pena.

(...)

Habeas corpus não conhecido. (HC 330.080/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO – Desembargador convocado do TJ/SP – Sexta Turma, julgado em 3/11/2015, DJe 19/11/2015) - (grifei).

Ante o exposto, inexistindo constrangimento ilegal a ser reconhecido de ofício por este Superior Tribunal, **não conheço** do *habeas corpus*, pois manifestamente incabível na espécie.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0272425-7

HC 339.847 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01461950320138260000 1461950320138260000 20150000727547 30067931720138260302
9402013

EM MESA

JULGADO: 17/12/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO JOSÉ GISI**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LUIZ EDUARDO PENTEADO BORG
ADVOGADO : LUIZ EDUARDO PENTEADO BORG
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : APARECIDO STRADA (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 Ribeiro Dantas, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.