



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 472.363 - SP (2018/0259080-0)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FABRÍCIO DE VECCHI BARBIERI - SP319744
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JAINE ALVES NEVES (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PRETENSÃO DE INICIAR O CUMPRIMENTO DA PENA NO REGIME SEMIABERTO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO DEVIDAMENTE MOTIVADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. SÚMULAS N.ºs 440 DESTA CORTE E 718 E 719 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. OBSERVÂNCIA. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. No crime de tráfico de drogas, também deverá ser considerado o art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, que preceitua que *"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"*.

2. No caso, o regime mais gravoso foi estabelecido com base na gravidade concreta da conduta delituosa, consubstanciada pelas circunstâncias da apreensão, que revelaram a considerável quantidade da droga encontrada na posse da Paciente – 8,900kg (oito quilos e novecentos gramas) de maconha –, fator suficiente para demonstrar que a gravidade da conduta extravasa a normalidade do tipo penal em apreço, nos termos do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006.

3. Inexiste violação das Súmulas n.ºs 440 desta Corte Superior e 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal quando a fixação do regime prisional é baseada na gravidade concreta do delito.

4. A quantidade da droga, circunstância judicial desfavorável, embora não tenha sido utilizada para aumentar a pena-base (fixada no mínimo legal), pode justificar o regime prisional mais gravoso.

5. Ordem de *habeas corpus* denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 13 de dezembro de 2018 (Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 472.363 - SP (2018/0259080-0)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FABRÍCIO DE VECCHI BARBIERI - SP319744
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JAINE ALVES NEVES (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de JAINE ALVES NEVES contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo prolatado na Apelação Criminal n.º 0000478-15.2017.8.26.0583.

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou a Paciente às penas de 6 (seis) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, c.c. o art. 40, inciso V, da Lei n.º 11.343/2006, porque foi encontrada, em sua bagagem, 14 (quatorze) tabletes de maconha – peso total de 8,900kg (oito quilos e novecentos gramas).

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação, que foi desprovido (fls. 53-59).

Os embargos de declaração opostos foram acolhidos para corrigir erro material da sentença condenatória, decorrente da soma da causa de aumento prevista no art. 40, inciso V, da Lei n.º 11.343/2006, redimensionando a pena imposta para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mais o pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa (fls. 91-92).

Alega a Impetrante, em síntese, ser inidônea a fundamentação utilizada para a fixação do regime inicial fechado.

Pede, liminarmente e no mérito, a fixação do regime inicial semiaberto.

O pedido de liminar foi indeferido às fls. 69-71.

As informações foram prestadas às fls. 75-92.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 94-101, opinando pela concessão de *habeas corpus* de ofício, em razão da fundamentação utilizada pelo Tribunal de origem para negar a fixação de regime prisional mais brando.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 472.363 - SP (2018/0259080-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PRETENSÃO DE INICIAR O CUMPRIMENTO DA PENA NO REGIME SEMIABERTO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO DEVIDAMENTE MOTIVADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. SÚMULAS N.ºs 440 DESTA CORTE E 718 E 719 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. OBSERVÂNCIA. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. No crime de tráfico de drogas, também deverá ser considerado o art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, que preceitua que *"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"*.

2. No caso, o regime mais gravoso foi estabelecido com base na gravidade concreta da conduta delituosa, consubstanciada pelas circunstâncias da apreensão, que revelaram a considerável quantidade da droga encontrada na posse da Paciente – 8,900kg (oito quilos e novecentos gramas) de maconha –, fator suficiente para demonstrar que a gravidade da conduta extravasa a normalidade do tipo penal em apreço, nos termos do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006.

3. Inexiste violação das Súmulas n.ºs 440 desta Corte Superior e 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal quando a fixação do regime prisional é baseada na gravidade concreta do delito.

4. A quantidade da droga, circunstância judicial desfavorável, embora não tenha sido utilizada para aumentar a pena-base (fixada no mínimo legal), pode justificar o regime prisional mais gravoso.

5. Ordem de *habeas corpus* denegada.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

O Juízo sentenciante fixou a reprimenda da Paciente, com base nos seguintes fundamentos (fls. 18-19, sem grifos no original):

"[...]"

Quando dos fatos era a acusada portadora de bons antecedentes criminais (fls. 91).

Desta forma, fixo a pena-base no mínimo legal de 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa. No mais, mostra-se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

insensível em termos de redução da pena a confissão e a menoridade porque já estabelecida no mínimo legal, com incidência da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Não haverá a redução presente na nova Lei nº 11.343/06, em seu art. 33, par. 4º, em face das circunstâncias judiciais não lhe serem favoráveis, porque transportava grande quantidade de substância entorpecente, não demonstrando, assim, ser traficante esporádico de pequenas quantidades. Ao revés, transportava grande quantidade, demonstrando periculosidade.

Incide na espécie o art. 40, V da Lei nº 11.343/06, uma vez que a droga estava sendo transportada pelo réu entre os Estados de Mato Grosso do Sul e São Paulo. Com aumento de 1/6, ficará, ao final, em 06 (seis) anos de reclusão e pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa, no mínimo legal.

Pela gravidade do delito, tráfico ilícito de entorpecente de grande quantidade, o regime inicial de cumprimento de pena somente poder ser o fechado e, ainda, considerando o tempo da condenação não pode incidir o regime inicial semiaberto ou conversão para pena restritiva de direitos."

Ao negar provimento ao apelo defensivo, o Tribunal *a quo* manteve a imposição do regime inicial fechado, sob os seguintes fundamentos (fl. 58):

"[...]

Anoto que era mesmo de rigor a fixação do inicial fechado para o desconto da pena carcerária, a teor do que dispõe o artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/90, com a nova redação dada pela Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007."

De início, pondero que, em 27/6/2012, o Tribunal Pleno da Corte Suprema, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, declarou incidentalmente, por maioria, a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/1990 (redação dada pela Lei n.º 11.464/07) e afastou a obrigatoriedade apriorística de se fixar o regime inicial fechado para os condenados por tráfico.

Assim, independentemente do caráter hediondo do crime, deve o Julgador, ao fixar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, observar o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. No crime de tráfico de drogas, também deverá ser considerado o art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, que preceitua que "*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*".

Na espécie, embora a Corte local não tenha indicado razões concretas para justificar a imposição do regime inicial fechado – como consignado pela Defesa e pelo Ministério



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Público Federal, no parecer de fls. 94-101 –, verifico que o Juízo sentenciante ressaltou a quantidade exacerbada de entorpecente para estabelecer o regime inicial fechado.

Assim, o regime mais gravoso foi estabelecido com base na gravidade concreta da conduta delituosa, consubstanciada pelas circunstâncias da apreensão, que revelaram a considerável quantidade da droga encontrada na posse da Paciente – **8,900kg (oito quilos e novecentos gramas) de maconha** –, fator suficiente para demonstrar que a gravidade da conduta extravasa a normalidade do tipo penal em apreço, nos termos do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006.

E, ainda, segundo jurisprudência desta Corte Superior, havendo especial gravidade no delito, inexistente violação das Súmulas n.ºs 440 do Superior Tribunal de Justiça e 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, conforme já decidido por esta Corte, *in verbis*:

Nesse sentido:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO E AFASTAMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA COM ESTEIO EM FUNDAMENTO CONCRETO. QUANTIDADE DE DROGA.

1. Nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e, em se tratando dos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como no caso, deverá levar em conta o estabelecido no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. No caso, em que pese à fixação da pena básica no mínimo legal e ao quantum definitivo inferior a 4 anos, o Tribunal a quo fez expressa referência à gravidade concreta dos fatos imputados ao ora agravante, ante a razoável quantidade de droga apreendida - 490,2g (quatrocentos e noventa gramas e dois decigramas) de maconha -, circunstância utilizada, inclusive, para modular o redutor do tráfico privilegiado e que autoriza a conclusão de que a conduta reveste-se de maior grau de reprovabilidade, a justificar a fixação de regime prisional imediatamente mais gravoso do que aquele que a quantidade de pena atrairia e também o afastamento da substituição da reprimenda. Precedentes.

3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 1.674.992/SC, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/04/2018, DJe de 09/04/2018; sem grifos no original.)

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. APREENSÃO DE DROGA DE ALTA NOCIVIDADE. PACIENTE QUE OSTENTA OUTROS PROCESSOS PELA PRÁTICA DE IDÊNTICO DELITO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 2º, 'B', E § 3º, DO CÓDIGO PENAL C/C O ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

5. Sedimentou-se, nesta Corte Superior, o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º do Código Penal em conjunto com o art. 42, da Lei n. 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga.

No caso dos autos, embora a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, reconhecida primariedade técnica do paciente e o quantum de pena (5 anos) permita, em tese, a fixação de regime mais brando, a quantidade e natureza das drogas apreendidas - 9 porções de maconha, 15 porções de cocaína e 28 pedras de crack -, justificam o regime prisional mais gravoso, no caso o fechado, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/06.

Habeas corpus não conhecido." (HC 403.508/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe de 04/09/2017; sem grifos no original.)

Por fim, ressalto que a quantidade da droga, circunstância judicial desfavorável, embora não tenha sido utilizada para aumentar a pena-base (fixada no mínimo legal), pode justificar o regime prisional mais gravoso.

No mesmo sentido:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. INVIABILIDADE DE INCIDÊNCIA DO REDUTOR. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

5. 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.

6. No caso, a quantidade e natureza da droga apreendida justifica



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a fixação do regime fechado.

5. Habeas corpus *não conhecido*" (HC 408.684/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/12/2017, DJe de 13/12/2017.)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME (MAIS DE UMA TONELADA DE MACONHA). FUNDAMENTO IDÔNEO. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS A INFIRMAR A DECISÃO AGRAVADA.

1. O Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento de que a natureza e a quantidade da droga apreendida constituem elementos idôneos a justificar a imposição do regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta.

2. *Agravo regimental improvido.*" (AgRg no HC 414.345/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 07/12/2017, DJe de 15/12/2017.)

Ante o exposto, DENEGO a ordem de *habeas corpus*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2018/0259080-0

HC 472.363 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00004781520178260583 20180000511048 4781520178260583

EM MESA

JULGADO: 13/12/2018

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELA WIECKO VOLKMER DE CASTILHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO FABRÍCIO DE VECCHI BARBIERI - SP319744
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JAINE ALVES NEVES (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, denegou a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.