



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 381.580 - SP (2016/0322100-9)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
AGRAVANTE : WELLINGTON MARQUES JUNIOR (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. ELEMENTOS QUE EVIDENCIAM ATIVIDADE CRIMINOSA. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO DAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VEDADO EM *HABEAS CORPUS*. REGIME INICIAL FECHADO. DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. SUBSTITUIÇÃO. PENA. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, porquanto em sintonia com a jurisprudência pacífica do STJ.
2. Para a aplicação do privilégio contido no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, impõe-se ao agente a primariedade, ter bons antecedentes e não se dedicar às atividades criminosas ou integrar organização criminosa. Tendo o Tribunal de origem constatado que a paciente se dedica a atividades criminosas, rever o julgado implicaria o reexame do material cognitivo produzido nos autos, insuscetível de ser realizado na estreita via do *habeas corpus*.
3. A quantidade e a variedade da droga apreendida, as quais ensejaram a fixação da pena-base acima do mínimo legal, constituem fundamentos idôneos à imposição do regime mais severo, inexistindo, portanto, ilegalidade a ser sanada. Precedentes.
4. O não preenchimento do requisito previsto no art. 44, I, do CP impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.
5. Agravo regimental improvido.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 28 de março de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 381.580 - SP (2016/0322100-9)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
AGRAVANTE : WELLINGTON MARQUES JUNIOR (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto por WELLINGTON MARQUES JUNIOR em face de decisão que conheceu em parte do *mandamus*, e nessa parte, denegou a ordem.

Alega o agravante que, *"como se nota, no habeas corpus se deixou claro que não se pretendia, de maneira alguma, discutir fatos considerados incontroversos utilizados na fundamentação"*. Argumenta que, *"sobre o fato de que a quantidade de entorpecentes encontrada 'seria capaz de disseminar o vício em grande escala', é de se destacar que tal critério não se encontra previsto no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06"*.

Aduz que *"ao compreendermos a possibilidade de uma 'mula' fazer jus ao redutor do art. 33, § 4º da Lei 11.343/06, concluímos que a quantidade/variedade de entorpecente não pode, por si só, ser prova de que o indivíduo deixou de cumprir quaisquer dos requisitos legais para incidência do redutor"*. Destacou, também, que *"o v. Acórdão considerou a quantidade e diversidade de entorpecentes tanto para aumentar a pena na primeira fase, quanto para excluir a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/0, o que configura inegável bis in idem"*.

Afirma que o modo prisional fechado não poderia ter sido fixado com fundamento na quantidade e natureza, previstas no art. 42, da Lei de Drogas, porquanto tais quesitos não seriam circunstâncias judiciais. Pleitea, por fim, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista a edição da Resolução n. 5/2012, do Senado Federal.

Requer, assim, *"a reconsideração da r. decisão, ou o provimento do Agravo Regimental, concedendo-se a ordem em favor do agravante"*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 381.580 - SP (2016/0322100-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Compulsando os autos, verifica-se que o *habeas corpus* foi parcialmente conhecido, e nesse parte, denegada a ordem, nos seguintes termos (fls. 193/147):

Trata-se de habeas corpus, com pedido liminar, impetrado em favor de WELLINGTON MARQUES JUNIOR, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/06, à pena de 3 anos e 4 meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, bem como ao pagamento de 333 dias-multa (fls. 47/55).

O Tribunal de Justiça negou provimento ao apelo defensivo, e deu provimento ao recurso da acusação, para afastar a incidência do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, impondo-lhe a pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 500 dias-multa (fls. 33/46).

Em face da decisão, a defesa impetra o presente writ, em que alega que o acórdão recorrido é manifestamente ilegal, tendo em vista que o interrogatório do paciente foi realizado no início da instrução.

Argumenta, ainda, que seria devida a aplicação da causa de diminuição especial do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, tendo em vista que a benesse foi indeferida com fundamentação inidônea, qual seja, a capacidade de disseminar o vício em grande escala. Afirma, também, que seriam devidos o abrandamento do regime inicial e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Requer, liminarmente, a concessão da ordem constitucional para que seja imediatamente transferido ao regime mais benéfico. No mérito, pugna pela anulação do processo, ante a realização do interrogatório ao início e, subsidiariamente, pela aplicação da causa de diminuição especial do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, alteração do regime inicial e substituição da pena privativa por restritiva.

A liminar foi indeferida (fl. 60).

Prestadas as informações, o Ministério Público Federal opinou pela concessão parcial da ordem, para que seja fixado o regime semiaberto (fls. 130/136).

É o relatório.

DECIDO.

De início, verifica-se que a alegação de nulidade por inversão na ordem dos atos processuais não pode ser analisada pelo Superior Tribunal de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Justiça, tendo em vista que a irresignação não foi submetida à apreciação da Corte de origem, fato que obsta a análise da impetração, sob pena de indevida supressão de instância.

No que concerne ao pleito de aplicação da causa de diminuição especial do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, a Corte estadual entendeu devido o afastamento do redutor, com os seguintes fundamentos (fls. 41/42):

Quanto ao recurso da Justiça Pública, a reprimenda merece reparo.

No caso em análise, foram apreendidos 207 (duzentos e sete) porções de entorpecentes diversos (maconha, cocaína e crack), prontas para serem comercializadas. Não resta dúvida que a expressiva quantidade de tóxicos encontrada em poder do acusado seria capaz de disseminar o vício em grande escala.

Assim, deve ser afastada a benesse do § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, que se mostra inviável.

Embora Wellington seja primário, mostrou comportamento voltado ao delito, sendo detido vendendo drogas em conhecido ponto de narcotráfico, fato que torna inequívoca sua dedicação à atividade criminosa.

Assim, não é recomendável a adoção dessa medida, aliás, de caráter facultativo, uma vez que a norma legal dispõe que "as penas poderão ser reduzidas. Portanto, fica ao prudente arbítrio do julgador essa análise no caso concreto.

Observo que o traficante, de grande ou pequeno porte, é um dos responsáveis diretos pela onda de violência que avassala o país. A insuficiência da substituição para a repressão e prevenção do tráfico ilícito de entorpecentes é patente de maneira que, frise-se, neste caso, a conduta de Wellington não se amolda no mencionado artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Do excerto, observa-se que foi afastada a aplicação do benefício em virtude das circunstâncias do caso – em especial, a quantidade de drogas apreendidas - 207 porções de entorpecentes diversos (maconha, cocaína e "crack") -, a qual evidencia o não preenchimento dos requisitos legais, concluindo o Tribunal a quo tratar-se de réu que se dedicava à atividade criminosa, sendo que a pretendida revisão do julgado implicaria o reexame do material cognitivo produzido nos autos, insuscetível de ser realizada na estreita via do habeas corpus.

Nesse sentido:

[...]

Ressalto, por oportuno, que não há falar em ocorrência de bis in idem, porquanto, ainda que a Corte estadual tenha mencionado a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantidade/variedade dos entorpecentes apreendidos na terceira fase da dosimetria, entendeu que não seria possível a aplicação da causa de diminuição especial do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, em razão do não preenchimento dos requisitos legais, por reputar que o paciente dedica-se à atividade criminosa, inexistindo constrangimento ilegal a ser sanado. Nesse diapasão:

[...]

No que concerne ao pleito de abrandamento do regime inicial, nota-se que a Corte estadual manteve o fechado, nos seguintes termos (fls. 44/45):

Correto também o regime inicial fechado, nos termos da Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, cabendo ao Juízo das Execuções Criminais a análise do eventual preenchimento dos requisitos para a concessão de progressão. Se assim não fosse, não teria sentido outro regime a ser fixado. O legislador, ao tratar o traficante de drogas com o rigor necessário, até pelo fato de o delito ser equiparado a hediondo, negou-lhe vários benefícios que a outras espécies de criminosos seriam cabíveis, como fiança, indulto, sursis, liberdade provisória etc. Portanto, seria contraditório que, condenados, esses infratores recebessem pena alternativa ou cumprissem as reprimendas em regime diverso do fechado.

*Saliento que o réu demonstrou comportamento voltado ao delito, carregando consigo e mantendo sob sua guarda **considerável quantidade e variedade de entorpecentes**, capaz de disseminar o vício em larga escala, evidenciando total desrespeito com as normas sociais e descaso com a Justiça, exigindo a imposição do regime mais severo, como medida necessária e suficiente para a prevenção e reprovação do crime.*

Observo que o traficante, de grande ou pequeno porte, é um dos responsáveis diretos pela onda de violência que avassala o país. A insuficiência do estabelecimento de qualquer outro regime inicial, que não o fechado, para a repressão e prevenção do tráfico ilícito de entorpecentes é patente de maneira que, frise-se, neste caso, não se amoldaria ao sistema repressor-ressocializador do Direito Penal.

Ademais, a fixação de regime mais brando não atenderia aos princípios da proporcionalidade e individualização da pena, levando-se em conta a culpabilidade, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, circunstâncias e conseqüências do crime.

*Com efeito, observa-se que o Tribunal a quo, ao manter o regime inicial fechado, fez referência à hediondez do delito, aos efeitos nefastos do tráfico de drogas para a sociedade e à **quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos**.*

Destaco, por oportuno, que a previsão legal do art. 2º, § 1º, da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

n. 8.072/90 foi declarada inconstitucional, incidenter tantum, pelo Plenário do STF no julgamento do HC n. 111.840/ES (Rel. Min. Dias Toffoli), sendo, a partir de então, afastada a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado, aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, tendo lá ficado consignado que as regras do art. 33 do CP deveriam ser utilizadas também na fixação do regime prisional inicial dos crimes hediondos e equiparados.

O § 3º do art. 33 do CP, por sua vez, estabelece que a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código. Ou seja, exige-se fundamentação concreta para a fixação de regime inicial mais gravoso do que a pena aplicada permite, nos termos do disposto das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF, ad litteram:

Súmula 440/STJ: 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.

Súmula 718/STF: 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.

Súmula 719/STF: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Entretanto, como visto, a Corte estadual, ao manter o modo fechado, justificou a escolha também na quantidade e diversidade de entorpecentes apreendidos, as quais, inclusive, ensejaram a fixação da pena-base acima do mínimo legal (fl. 43) – fato que, por si só, ensejaria a imposição do regime mais gravoso –, o que, nos termos da jurisprudência desta Corte superior, constitui fundamento apto a justificar o recrudescimento do regime. Nesse mesmo sentido:

[...]

Ademais, não há falar em bis in idem na utilização da quantidade e diversidade dos entorpecentes para exasperar a pena-base e fixar o regime inicial mais gravoso, porquanto se trata apenas de um mesmo parâmetro utilizado em dois momentos distintos, quais sejam, a fixação da sanção e a escolha do regime inicial fechado. Nesse mesmo norte:

[...]

Por fim, quanto ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, mantida a pena final acima de 4 anos de reclusão, ausente o atendimento ao requisito objeto previsto no art. 44, I, do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CP.

Ante o exposto, conheço em parte do writ, e nessa parte, denego a ordem.

Insurge-se o agravante contra a não aplicação da causa de diminuição especial do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, a manutenção do modo prisional fechado, e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

No que concerne ao pleito de aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, conforme asseverado na decisão impugnada, a Corte estadual reconheceu que a dedicação à atividade criminosa do paciente era inequívoca (fl. 42) e, em razão disso, não aplicou o referido redutor.

Com efeito, tem-se que, diante do não preenchimento dos requisitos legais, tendo em vista a dedicação do sentenciado à atividade criminosa, encontra-se devidamente fundamentada a negativa de aplicação da minorante citada, uma vez que, o Tribunal de origem, com fundamento nas provas amealhadas aos autos entendeu que o agravante não atendia os requisitos do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Assim, ausente constrangimento ilegal a ensejar a concessão da ordem.

Ademais, alterar o entendimento do Sodalício *a quo*, demandaria o revolvimento de toda a matéria fático probatória colacionada, o que é vedado na em sede de *habeas corpus*. Nesse sentido, tem-se os seguintes julgados:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. INADMISSÍVEL NA VIA ELEITA. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTO VÁLIDO. MODO FECHADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

3. Concluído pela instância ordinária, com fulcro na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantidade e natureza da droga apreendida, assim como nos demais elementos colhidos na instrução, que o paciente se dedica habitualmente ao tráfico de entorpecentes, a modificação desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. Precedentes.

[...]

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 376.897/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICAVA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. NÃO CONHECIMENTO.

1. *Concluído pelas instâncias de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.*

2. *A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos e 6 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição. Pelo mesmo raciocínio, também é inviável a fixação do regime aberto.*

3. Habeas corpus não conhecido.

(HC 373.571/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 11/11/2016)

De mais a mais, ausente a ocorrência do alegado *bis in idem*, uma vez que a Corte estadual, não obstante tenha feito menção ao volume e diversidade dos estupefacientes apreendidos na terceira fase da dosimetria, entendeu indevida a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, em razão da dedicação do paciente à atividades criminosas, ausente, portanto, o *bis in idem*. Nesse norte:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DA LEI N. 11.343/2006 INDEFERIDA. ALEGADO BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. LEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Não caracteriza ofensa ao princípio do non bis in idem utilizar a quantidade do entorpecente apreendido como vetorial negativa no cálculo da pena-base e, na terceira fase de dosimetria, para indeferir a minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, com base na dedicação do réu à atividade criminosa. Precedentes.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 950.169/RO, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 02/02/2017)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. MOTIVOS DIVERSOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. NÃO CONHECIMENTO.

1. Não há falar em bis in idem na dosimetria da pena, haja vista que a exasperação da pena-base deu-se em razão da quantidade e variedade das substâncias entorpecentes apreendidas, e a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, por sua vez, foi negada por entenderem as instâncias de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, que a paciente dedicava-se às atividades criminosas, motivos diversos, pois.

2. Concluído pelo Juízo de primeira instância, com arrimo nos fatos da causa, que a paciente se dedicava às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

3. Habeas corpus não conhecido.

(HC 371.438/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 28/10/2016)

No concernente à manutenção do regime inicial fechado, melhor sorte não assiste ao impetrante. Isso porque, o Tribunal de origem, ao manter o modo mais severo, fez menção à quantidade e variedade dos entorpecentes apreendidos (fl. 45), os quais inclusive ensejaram a fixação da pena-base acima do mínimo legal, e que justificam a escolha do regime mais gravoso, conforme reiterada jurisprudência desta Corte superior, conforme os seguintes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

precedentes:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DA DROGA APREENDIDA. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

4. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, também o art. 42 da Lei de Drogas.

5. Embora o paciente seja primário e a pena aplicada seja de 5 anos de reclusão, o regime fechado é o adequado para prevenção e reprovação do delito, diante da quantidade e da variedade de droga apreendida. (Precedente)

[...]

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 369.636/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 15/03/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS E 3 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS IDÔNEAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. TRIBUNAL QUE APLICOU O REGIME FECHADO EM RAZÃO DA NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA E DA EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME MAIS GRAVOSO MANTIDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO. PEDIDO PREJUDICADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- *Na hipótese, como bem destacado pelo Tribunal a quo, além de a pena-base ter sido fixada acima do mínimo legal, foi apreendida quantidade e variedade de droga, o que recomenda o regime inicial 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 369.104/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 02/12/2016)

Ressalto, ainda, que, apesar de o art. 33, § 3º, do Código Penal não fazer menção ao art. 42 da Lei de Drogas, é devida a fixação do regime prisional mais gravoso com fundamento em tal artigo, tendo em vista que, se tal dispositivo determina que, para a fixação das penas devem ser considerados "*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*", não há ilegalidade na escolha do modo prisional mais severo com esteio em tais quesitos.

Destaco, também, que não ocorre *bis in idem* na utilização da quantidade e variedade das drogas para aumentar a sanção, na primeira fase da dosimetria, e fixar o regime inicial fechado, uma vez que se trata de um mesmo parâmetro utilizado em dois momentos da fixação da pena.

Por fim, tendo em vista a manutenção da pena final em patamar superior a 4 anos de reclusão, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ante o não preenchimento do quesito objetivo previsto no art. 44, I, do CP.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao presente agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0322100-9

AgRg no
HC 381.580 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00106808220148260348 106808220148260348 20160000528039

EM MESA

JULGADO: 28/03/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ANA BORGES COELHO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIEL DURVAULT ROITBERG
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WELLINGTON MARQUES JUNIOR (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : WELLINGTON MARQUES JUNIOR (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.