



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 484.829 - SP (2018/0337820-8)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : ERICA DE FATIMA ALVES (PRESO)
ADVOGADO : SANTIAGO PASQUETTE PERES - SP408136
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. NÃO CONHECIMENTO. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DE PENA. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE DO ENTORPECENTE E DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento.

2. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, a quantidade e a nocividade das drogas apreendidas, aliadas a outras circunstâncias do delito, são elementos que evidenciam a dedicação à atividade criminosa e, por tal razão, podem fundamentar o afastamento da aplicação da benesse prevista no artigo 33, § 4º da Lei de Drogas.

3. Na hipótese, a Corte de origem concluiu que a paciente se dedicava à atividade criminosa, em razão da quantidade da droga apreendida - 111 porções de *crack* embaladas e prontas para consumo - e das circunstâncias do delito, especialmente o fato da acusada ter declarado que o corréu vendia entorpecentes em local notoriamente conhecido como ponto de drogas, de modo que tal conduta ocorria há certo tempo com auxílio da paciente, que com ele convivia, além de ambos os réus já terem sido abordados anteriormente por policiais, não havendo que se falar na aplicação da minorante.

REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DE TÓXICO APREENDIDO. ARTIGO 42 DA LEI 11.343/06. MODO MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. INSURGÊNCIA IMPROVIDA.

1. A teor da jurisprudência reiterada deste Sodalício, a escolha do regime inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao *quantum* da pena corporal firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso versado.

2. Na espécie, estabelecida a pena em patamar superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão, proporcional o estabelecimento do regime mais gravoso, ante a natureza do entorpecente. Exegese do artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, em combinação com o disposto no artigo 42, da Lei n. 11.343/2006.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 26 de março de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 484.829 - SP (2018/0337820-8)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : SANTIAGO PASQUETTE PERES
ADVOGADO : SANTIAGO PASQUETTE PERES - SP408136
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ERICA DE FATIMA ALVES (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto por SANTIAGO PASQUETTE PERES contra decisão desta Relatoria, que não conheceu do *habeas corpus* impetrado em favor de ERICA DE FATIMA ALVES.

Sustenta o agravante que deveria ser aplicada na hipótese a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º da Lei n. 11.343/06, porquanto todos os requisitos indicados no dispositivo legal estariam atendidos.

Assevera que a quantidade e a natureza da droga não seriam fundamentos idôneos para afastar a aplicação do redutor legal.

Alega que reconhecido o direito à redução da pena, o regime inicial de desconto da sanção deveria ser mitigado e a reprimenda substituída por restritiva de direitos.

Aduz que, na hipótese de não ser concedida a causa de diminuição de pena, seria cabível a mitigação do regime inicial para o semiaberto, tendo em vista o *quantum* da reprimenda.

Requer, dessa forma, a reconsideração da decisão agravada ou, subsidiariamente, a remessa do presente recurso ao colegiado, para que reforme a decisão impugnada, a fim de conceder integralmente a ordem de *habeas corpus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 484.829 - SP (2018/0337820-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Inicialmente, tendo em vista que a decisão impugnada foi publicada aos 6.3.2019 (e-STJ fl. 181), cumpre atestar a tempestividade da insurgência, pois interposta no dia 5.3.2019 (e-STJ fl. 158), ou seja, dentro do prazo previsto no artigo 258, *caput*, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

No mérito, não obstante as razões declinadas pelo agravante, a decisão monocrática deve ser mantida.

Isso porque, tal como consignado no pronunciamento judicial objurgado, a via eleita para a impetração contra o ato apontado como coator é inadequada, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

Ainda que superado o referido óbice, a irresignação não comporta acolhimento.

Quanto à causa especial de diminuição de pena prevista na Lei de Drogas, o Tribunal de origem, afastou sua aplicação, asseverando, a saber:

"Na derradeira, inviável a aplicação do redutor previsto no art. 33, §4º da lei 11.343/06.

É que os acusados praticavam o delito em coautoria.

Além disso, extrai-se dos autos que Juliano morava na casa com a convivente há cerca de três meses.

A acusada Érica disse que ele vendia drogas, e isso, considerando que trata de notório ponto de drogas, tal ocorria há algum tempo, com o devido suporte da acusada.

Deste modo, tendo em vista que o delito é de caráter permanente, e que os acusados já haviam sido abordados pelos policiais anteriormente, de rigor constatar que a atividade criminosa era ali realizada, o que impede a aplicação da benesse, também considerando a natureza da droga (cocaína -crack) e o modo que estava acondicionada - em pequenas porções prontas para a venda.

Aliás, ante a citada natureza permanente do tráfico, o próprio delito pode servir de fundamento para demonstrar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ocorrência da atividade criminosa." (e-STJ fl. 104/105)

Como se sabe, o § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas dispõe que, para o crime de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparadas, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; **c) não se dedique às atividades criminosas**; e d) não integre organização criminosa.

Na hipótese, verifica-se que, além da Corte de origem ter feito referência à natureza, quantidade e forma de acondicionamento do entorpecente - **111 porções de crack prontas para venda (e-STJ fl. 103)** - para afastar a incidência do redutor em comento, também apontou outras circunstâncias do delito, especialmente o fato da paciente ter declarado que o corréu vendia entorpecentes em local notoriamente conhecido como ponto de drogas, de modo que tal conduta ocorria há certo tempo com auxílio da paciente que com ele convivia, além de ambos os réus já terem sido abordados anteriormente por policiais, fundamentos que são suficientes para indicar sua habitualidade criminosa.

Nesse diapasão, é possível inferir que a motivação do acórdão de origem se coaduna com o entendimento pacífico deste Sodalício, segundo o qual *"a quantidade, a variedade e a nocividade da droga, bem como as circunstâncias nas quais foi apreendida, são elementos que evidenciam a dedicação à atividade criminosa e, em decorrência, podem embasar o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006"* (AgRg no HC 419936/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 22/02/2018), não havendo que se falar em ilegalidade a ser sanada nesta via.

Nessa esteira, confirmam-se os seguintes julgados:

PROCESSO PENAL. PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. MINORANTE DO TRÁFICO. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS. PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. SÚMULA 7/STJ. SUPLEMENTAÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a quantidade e/ou a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

natureza da droga podem justificar a não aplicação da minorante prevista no art. 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando evidenciada a dedicação à atividade criminosa.

2. Denegada a minorante e evidenciado o envolvimento em atividade criminosa, especialmente da apreensão de considerável quantidade de droga, tem-se como fundamentada o indeferimento da minorante do tráfico privilegiado.

3. Descabe a pretendida reavaliação probatória do julgado, insuscetível de ser realizada na presente via recursal (Súm. 7/STJ).

4. Não se verifica reformatio in pejus, porquanto a jurisprudência admite a suplementação de fundamentação para manter o indeferimento da minorante do tráfico privilegiado, desde que não haja o agravamento da situação do recorrente, não ocorrente na espécie.

5. Nos termos do entendimento firmado pelo STJ, a quantidade da substância entorpecente constitui fundamento idôneo para a imposição do regime mais severo.

6. Agravo regimental improvido.

(AgRg nos AREsp 1040605/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2018, DJe 12/03/2018)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS (ART. 44, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL). 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 - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. A aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 depende do convencimento do Magistrado de que o apenado, primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades delituosas nem integre organização criminosa. O entendimento registrado pelo Tribunal de origem está em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, firmada no sentido de que a considerável quantidade e a natureza das drogas apreendidas, aliadas às circunstâncias do delito, evidenciam a dedicação à atividade criminosa, revelando-se suficiente a afastar a aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

3. A reforma do entendimento das instâncias ordinárias quanto à dedicação do paciente às atividades criminosas constitui matéria



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que refoge ao restrito escopo do habeas corpus, porquanto demanda percuente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

4. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 111.840/ES, declarou inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

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. Na hipótese dos autos, embora as circunstâncias judiciais tenham sido consideradas favoráveis e o paciente seja primário, a natureza e a quantidade das drogas apreendidas - 18 cápsulas de cocaína, pesando 16,2 gramas e 981,3 gramas de maconha, divididos em 24 trouxinhas e um tijolo -, justificam a fixação do regime prisional mais gravoso, no caso o fechado, nos termos do art. 33, § 2º, b e § 3º, do Código Penal, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/06.

6. Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que o sentenciado não preenche o requisito de ordem objetiva previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal. Habeas corpus não conhecido.

(HC 419687/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 06/02/2018, DJe 20/02/2018)

No que diz respeito ao regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, a Corte a quo consignou, *in verbis*:

"O regime é o inicial fechado.

Isto por que o bem jurídico é difuso (saúde pública), sendo que sua mácula dilacera inúmeras famílias, e com escopo na própria individualização da pena, também direito fundamental, não há outro regime a ser imposto, senão o fechado, particularidade na qual a sentença fica mantida.

Assim, a motivação delineada escapa do teor das Súmulas citadas pela defesa (718 e 719 do STF), já que o regime mais gravoso é imposto expressamente pela lei, e os remédios heróicos não teriam eficácia erga omnes.

De outro lado, a gravidade do delito é concreta (não sendo o caso de incidência da Súmula nº 440 do STJ), em razão da qualidade de droga apreendida (cocaína-crack, particionada em diversas porções prontas para a venda), que traz efeitos nefastos aos usuários, dilacerando inúmeras famílias, de modo que, mais uma vez pautado na individualização da pena, e com supedâneo na isonomia em sua acepção material, e afim de que a Constituição, neste particular, não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seja letra morta (força normativa), não há outro regime a ser imposto, senão o fechado, particularidade na qual a sentença fica mantida." (e-STJ fl.106)

Conforme assentado no *decisum* impugnado, é assente nesta Corte Superior que a natureza do entorpecente é fundamento apto e suficiente para ensejar a fixação de regime mais gravoso do que o indicado pela reprimenda final isoladamente.

Assim, ainda que a reprimenda da paciente tenha sido fixada em 5 anos de reclusão, o que, em tese, ensejaria o estabelecimento do regime semiaberto, correta a manutenção do regime fechado, nos termos do artigo 33, §§ 2º e 3º do Código Penal, em combinação com as disposições do artigo 42, da Lei nº 11.343/2006.

No mesmo sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. PENA SUPERIOR A QUATRO E INFERIOR A OITO ANOS. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE CONSIDERADA NA TERCEIRA FASE PARA AFASTAR A REDUTORA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. POSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. PRECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO.

I - O col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

II - In casu, a quantidade de entorpecentes foi considerada na terceira fase da dosimetria da pena para impedir a incidência da redutora contida no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. Logo, a presença de circunstância desfavorável impede a fixação de regime diverso do fechado, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do art. Código Penal, do art. 42 da Lei n. 11.343/06, apesar de ser o paciente primário e a pena-base ter sido fixada no mínimo legal. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 411685/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 20/02/2018)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

(HC 472.363/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 04/02/2019)

Ante o exposto, ausente o apontado constrangimento ilegal, **nega-se** provimento ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0337820-8

AgRg no
HC 484.829 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00011178220178260599 11178220178260599

EM MESA

JULGADO: 26/03/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : SANTIAGO PASQUETTE PERES
ADVOGADO : SANTIAGO PASQUETTE PERES - SP408136
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ERICA DE FATIMA ALVES (PRESO)
CORRÉU : JULIANO HENRIQUE PINTO DOS SANTOS

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 : ERICA DE FATIMA ALVES (PRESO)
ADVOGADO : SANTIAGO PASQUETTE PERES - SP408136
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, negou provimento ao agravo regimental."

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