



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 301.449 - SP (2014/0201051-4)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : LEONARDO GELLI
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ART. 33, *CAPUT* E § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REGIME INICIAL SEMIABERTO ESTABELECIDO COM BASE EM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REQUISITO SUBJETIVO NÃO PREENCHIDO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Nos crimes de tráfico de entorpecentes, a escolha do regime prisional inicial deve levar em consideração a quantidade da pena imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e as demais peculiaridades do caso concreto (como a natureza e a quantidade de drogas apreendidas, por exemplo), para que, então, seja escolhido o regime carcerário que, à luz do disposto no art. 33 e parágrafos do Código Penal, se mostre mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

2. O regime inicial semiaberto foi devidamente estabelecido pela Corte local, em razão da natureza e da quantidade da droga apreendida – 78 pinos contendo cocaína, com peso líquido de 39 g.

3. É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois, apesar de o paciente ter sido condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, a quantidade e a natureza da droga apreendida evidenciam que a substituição da sanção reclusiva por restritiva de direitos não se mostrará suficiente para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 44, III, do Código Penal.

4. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 28 de abril de 2015

Ministro Rogerio Schietti Cruz



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 301.449 - SP (2014/0201051-4)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : LEONARDO GELLI
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

LEONARDO GELLI agrava de decisão na qual neguei seguimento ao *habeas corpus* impetrado, por não identificar suficientes razões, na espécie, para engendrar a concessão da ordem de ofício.

No presente agravo regimental, sustenta que os argumentos utilizados pelo Tribunal estadual para justificar o regime inicial de cumprimento da pena basearam-se "exclusivamente na suposta elevada quantidade de droga apreendida" (fl. 141). Considera que "a quantidade de droga apreendida com o paciente, 39 gramas de cocaína, está longe de ser elevada ou representar traficância de grande porte ou de maior potencialidade ofensiva" (fl. 141).

Assevera que se trata de "caso claro de aplicação da Súmula 440/STJ" (fl. 142).

Por derradeiro, aduz que o mesmo ocorre com a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, que também foi fundamentada na "suposta elevada quantidade de droga" (fl. 142).

Pugna pela reconsideração da decisão ora agravada ou pela submissão do feito ao órgão colegiado, para que seja provido o recurso especial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 301.449 - SP (2014/0201051-4)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ART. 33, *CAPUT* E § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REGIME INICIAL SEMIABERTO ESTABELECIDO COM BASE EM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REQUISITO SUBJETIVO NÃO PREENCHIDO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Nos crimes de tráfico de entorpecentes, a escolha do regime prisional inicial deve levar em consideração a quantidade da pena imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e as demais peculiaridades do caso concreto (como a natureza e a quantidade de drogas apreendidas, por exemplo), para que, então, seja escolhido o regime carcerário que, à luz do disposto no art. 33 e parágrafos do Código Penal, se mostre mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

2. O regime inicial semiaberto foi devidamente estabelecido pela Corte local, em razão da natureza e da quantidade da droga apreendida – 78 pinos contendo cocaína, com peso líquido de 39 g.

3. É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois, apesar de o paciente ter sido condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, a quantidade e a natureza da droga apreendida evidenciam que a substituição da sanção reclusiva por restritiva de direitos não se mostrará suficiente para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 44, III, do Código Penal.

4. Agravo regimental não provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

Não obstante os esforços perpetrados pelo ora agravante, não constato fundamentos suficientes a infirmar a decisão agravada, cuja conclusão mantenho.

No caso em exame, o paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006, à pena de **1 ano 8 meses de**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusão, em regime inicial fechado, e 166 dias-multa, no mínimo legal, porque "transportava e trazia consigo, para o consumo de terceiros, 78 (setenta e oito) pinos contendo cocaína, com peso líquido de 39 gramas, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar" (fl. 14).

O regime inicial fechado e a negativa da substituição da pena privativa de liberdade foram assim justificados pelo Juízo singular (fl. 19):

Em que pese a dosimetria da pena aplicada, o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade será o fechado, pois é o único compatível com a gravidade do delito de tráfico de drogas, equiparado a hediondo.

Pelas mesmas razões, inviável a substituição da pena corporal por restritiva de direitos, uma vez que tal medida seria insuficiente à prevenção e à reprovação de delito dessa natureza.

O Tribunal estadual, por sua vez, deu parcial provimento ao recurso interposto pela defesa a fim de eleger o regime intermediário para o início do cumprimento da reprimenda do ora paciente e do corréu, bem como para negar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sob a seguinte fundamentação (fl. 27, destaquei):

O regime inicial de cumprimento de pena mais adequado para este caso concreto é o semiaberto, pois apesar das circunstâncias pessoais dos apelantes lhes serem favoráveis, suas condutas de traficar drogas ensejam especial censurabilidade pelos efeitos nefastos na saúde dos usuários e na Saúde Pública de um modo geral, além de servirem de elemento propagador e incrementador de toda uma ordem criminosa, que tantos malefícios vêm trazendo à nossa Sociedade. Ademais, **a quantidade de drogas apreendidas com o apelante e o volume de lucro fácil que já vinha experimentando estão a vedar o regime aberto ou a substituição das penas privativas de liberdade por penas restritivas de direitos**, que não bastariam à reprovação do crime e não cumpririam a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. Não bastasse isto, impõe-se aos apelantes, em observância ao princípio da constitucional da individualização da pena, uma resposta estatal adequada até mesmo para que se sintam desestimulados a prosseguirem por este caminho abjeto, tudo em observância à função preventiva especial da pena.

A respeito do tema, ressalto que o Superior Tribunal de Justiça



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entende que, nos crimes de tráfico de entorpecentes, a escolha do regime inicial deve levar em consideração a quantidade da pena imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e as demais peculiaridades do caso concreto (como a **natureza e a quantidade de drogas apreendidas**, por exemplo), para que, então, seja escolhido o regime carcerário que, à luz do disposto no art. 33 e parágrafos do Código Penal, mostre-se o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

No caso em exame, observo que a Corte local estabeleceu o semiaberto com base na análise das circunstâncias específicas do caso concreto, com destaque para "a quantidade de drogas apreendidas com o apelante e o volume de lucro fácil que já vinha experimentando" (fl. 27).

Com efeito, foram apreendidos **78 pinos contendo cocaína, com peso líquido de 39 gramas**, substância de alto efeito nocivo à saúde, o que indica o maior desvalor da conduta quando comparada, por exemplo, com o tráfico de cloreto de etila.

Dessa forma, embora o paciente seja primário e tenha sido definitivamente condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, a **avaliação desfavorável em relação à quantidade e à alta nocividade da substância apreendida justifica o regime inicial semiaberto**.

Ilustrativamente:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. QUANTUM DE REDUÇÃO PELA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. REEXAME DE PROVAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. PRETENSÃO DE INICIAR O CUMPRIMENTO DA PENA NO REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. CABIMENTO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. INTELIGÊNCIA DO ART. 33, §§ 2º E 3º, C.C. O ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

IV. A presença de circunstância judicial desfavorável,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consistente na natureza das drogas apreendidas (*crack* e cocaína) e o *quantum* de pena estabelecido - 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão -, ante as regras previstas no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c. o art. 59, ambos do Código Penal, autorizam o regime inicial semiaberto.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 202.564/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, 5ª T., DJe 18/2/2015, grifei.)

PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PLEITO DE FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO E DE APLICAÇÃO DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. **FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE.** FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE PARA A FIXAÇÃO DE REGIME PENAL MAIS GRAVOSO E PARA O INDEFERIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS.

1. **Admite esta Corte Superior que a natureza e a quantidade da substância entorpecente justificam a fixação de regime penal mais gravoso ao condenado por crime de tráfico de drogas, mesmo sendo estabelecida pena inferior a 4 anos, em observância ao art. 33, § 3º, do CP c/c o art. 42 da Lei n.º 11.343/2006.**

2. A presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, notadamente a natureza e quantidade da droga apreendida (15 porções de cocaína), é fundamento idôneo para negar a benesse relativa à substituição da pena privativa de liberdade por sanções alternativas, conforme o disposto no inciso III do art. 44 do Código Penal. Precedentes.

3. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 1.462.967/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, DJe 20/2/2015, destaquei.)

Cito, por oportuno, a Informação Pericial n. 710/2009 do Instituto de Criminalística – Seção de Perícias e Análises Laboratoriais – da Polícia Civil do Distrito Federal, segundo a qual **uma dose típica de cocaína ou crack é de 100 a 200 miligramas**, considerando a pureza da "cocaína de rua". A dose letal mínima é de 1,2 gramas; entretanto, indivíduos suscetíveis morreram após a aplicação de apenas 30 miligramas de cocaína nas membranas mucosas. Ademais, ainda segundo a referida informação pericial,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

viciados toleram até no máximo 5 gramas de cocaína por dia. Consta dessa informação pericial que os informes sobre dosagem foram obtidos no sítio eletrônico do *European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction*. Assim, fica evidente a alta nocividade da droga apreendida em poder do agravante.

Por fim, a respeito do pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, registro que, em 1º/9/2010, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 97.256/RS, de relatoria do Ministro Ayres Britto, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no art. 44 do mesmo diploma normativo, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena.

Assim, diante da declaração de inconstitucionalidade das mencionadas expressões pela Suprema Corte, mostra-se possível, **em princípio**, proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, mesmo que perpetrado já na vigência da Lei n. 11.343/2006.

Vale mencionar, ainda, que o Senado Federal promulgou a Resolução n. 5 (15/2/2012), determinando a suspensão da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Entretanto, para a substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos, é necessário que estejam preenchidos, cumulativamente, os requisitos objetivos e subjetivos exigidos para a concessão dessa benesse, os quais se encontram previstos no art. 44 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Verifica-se, no caso ora examinado, que o Tribunal de origem entendeu incabível a substituição pleiteada com fundamento na natureza e na quantidade da droga apreendida, **elementos concretos que efetivamente evidenciam que a substituição da pena não seria suficiente para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.**

Com efeito, nos termos da jurisprudência desta Corte, "[...] se faz devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado, bem como a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, **em razão da natureza, da quantidade e da variedade das drogas apreendidas**" (AgRg na Rcl n. 21.663/SP, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 3ª S., DJe 5/12/2014).

Nesse sentido, ainda:

[...]

5. Esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entende possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime inicial diverso do fechado e a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

6. **Devidamente fundamentada** a imposição do regime fechado e a **negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos com base em elementos concretos dos autos, diante da quantidade e da natureza das substâncias entorpecentes apreendidas (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.**

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena imposta ao paciente nos autos da Ação Penal n.º 0010969-70.2013.8.26.0050 para 1 ano, 9 meses e 20 dias de reclusão e 180 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação. (HC n. 292.612/SP, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 27/11/2014, destaquei.)

[...]

2. A **natureza, variedade e quantidade de entorpecentes apreendidos constituem fundamentos aptos a inviabilizar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos**, nos termos do art. 44, inciso III, do Código Penal, ainda que preenchido o requisito objetivo do inciso I do referido dispositivo. Precedente.

3. Agravo regimental a que se nega provimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**(AgRg no REsp n. 1.432.109/GO, Rel. Ministro Marco Aurélio
Bellizze, 5ª T., DJe 1º/8/2014, grifei.)**

À vista do exposto, nego provimento ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0201051-4

AgRg no
HC 301.449 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00538783020138260050 20140000252837 538783020138260050

EM MESA

JULGADO: 28/04/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS ALBERTO CARVALHO VILHENA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FABIANA CAMARGO MIRANDA GUERRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEONARDO GELLI
CORRÉU : GABRIEL LEONARDO LEITE

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : LEONARDO GELLI
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 Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.