



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 415.554 - SP (2017/0230122-4)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : **ELIZABETE CARDOSO DE OLIVEIRA**
ADVOGADO : **ELIZABETE CARDOSO DE OLIVEIRA - SP221184**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **ANDERSON APARECIDO SIMEAO**

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS ANOS DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. PRISÃO DETERMINADA PELO TRIBUNAL APÓS O JULGAMENTO DA APELAÇÃO. EXAURIMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVA DE ENTORPECENTES. PACIENTE PRIMÁRIO, COM CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS, CONDENADO A PENA SUPERIOR A 4 E QUE NÃO EXCEDE 8 ANOS DE RECLUSÃO. ABRANDAMENTO PARA O REGIME SEMIABERTO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, entendeu que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal" (STF, HC n. 126.292, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe 17/05/2016). Tese confirmada pelo Pleno da Corte Suprema, em sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADCs ns. 43 e 44), na sessão do dia 5/10/2016.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Interpretação conforme a Constituição, dada pelo STF, ao art. 283 do CPP. Ressalva, no ponto, do entendimento do Relator. Inocorrência da alegada *reformatio in pejus*. Precedentes.

3. A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

4. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

5. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas para embasar a não incidência da minorante do privilégio, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

6. Na espécie, infere-se que o Tribunal de origem conferiu legalidade ao não reconhecimento do privilégio, ao destacar circunstâncias fáticas que denotam o tráfico habitual, ou seja, a dedicação a atividades criminosas. Modificar tal entendimento importa revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do *writ*. Precedentes.

7. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 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.

8. Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719 do STF.

9. Hipótese em que o paciente é primário, as circunstâncias judiciais lhe são favoráveis e a condenação é superior a 4 e não excede 8 anos de reclusão, sendo que a quantidade de entorpecentes apreendidos não justifica o recrudescimento do regime, razão pela qual faz jus ao regime semiaberto, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º, b, e 3º, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

10. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto, confirmando a liminar anteriormente deferida.

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 e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 415.554 - SP (2017/0230122-4)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : ELIZABETE CARDOSO DE OLIVEIRA
ADVOGADO : ELIZABETE CARDOSO DE OLIVEIRA - SP221184
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDERSON APARECIDO SIMEAO

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em benefício de ANDERSON APARECIDO SIMEÃO contra acórdão da 8ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0000120-02.2012.8.26.0397).

Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicialmente aberto, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput* e § 4º da Lei n. 11.343/2006, substituída por tratamento ambulatorial.

Contra a decisão, o Ministério Público interpôs apelação, a qual foi provida pela Corte *a quo* para afastar a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006, elevando a pena para 5 anos de reclusão, em regime inicialmente fechado. Ficou revogada, também, a substituição da pena privativa de liberdade. O acórdão recebeu a seguinte ementa (e-STJ fls. 22/33):

APELAÇÃO CRIMINAL - Tráfico de drogas - Recurso do Ministério Público - Afastamento do redutor previsto no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06 - Admissibilidade - Réu que não comprovou possuir ocupação lícita, sendo certo que a quantidade e a variedade de substâncias entorpecentes apreendidas, bem como a existência de diversas denúncias anônimas contra ele evidenciam que o acusado dedica-se a atividades criminosas, não se reputando “traficante de primeira viagem” - De rigor o afastamento da benesse legal - Imposição do regime inicial fechado - Cabimento - A natureza da droga (cocaína) e a periculosidade do apelado (sujeito que faz do tráfico meio de vida) demandam tratamento penal severo - Inviável a manutenção da substituição por tratamento ambulatorial realizada na sentença - Laudo pericial que declarou o réu totalmente imputável, recomendando o tratamento ambulatorial somente após o cumprimento da pena reclusiva - Apelo ministerial provido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No presente *writ*, o impetrante alega que foi determinada a imediata expedição de mandado de prisão contra o paciente, o que violaria o princípio da não culpabilidade.

Argumenta que o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, de possibilidade de execução provisória da pena após a conclusão do julgamento pelas instâncias ordinárias não se aplica quando houver reforma ou adição da sentença.

Por outro lado, afirma que não foi considerado pelo acórdão atacado, ao reformar a sentença, a primariedade, bons antecedentes e a quantidade de drogas apreendida. Alega, ademais, que dado o montante de pena aplicada, seria cabível o regime semiaberto de cumprimento da pena, nos termos do art. 33 do Código Penal.

Requer, assim, o restabelecimento da sentença.

A liminar foi deferida em parte às e-STJ fls. 46/51, para assegurar ao paciente o direito de permanecer em regime semiaberto.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão parcial da ordem (e-STJ fls. 55/57).

Às e-STJ fls. 59/62, a defesa reiterou o pedido alegando que, em razão da ausência de vagas no estabelecimento prisional, o paciente estaria recolhido em regime mais gravoso.

Requeridas informações ao Tribunal *a quo* (e-STJ fl. 64), este informou que o paciente encontra-se preso em regime semiaberto (e-STJ fl. 67/73).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 415.554 - SP (2017/0230122-4)

VOTO

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

Inicialmente, tendo em vista a informação prestada às e-STJ fls. 67/73 pela autoridade apontada como coatora, de que o paciente encontra-se preso em regime semiaberto, nos termos da liminar parcialmente deferida, indefiro, desde já, o pedido de reconsideração aviado às e-STJ fls. 59/62.

Em relação ao mérito, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

Nesse sentido, encontram-se, por exemplo, estes julgados: HC 313.318/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, julgamento em 7/5/2015, DJ de 21/5/2015; HC 321.436/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 19/5/2015, DJ de 27/5/2015.

No entanto, nada impede que, de ofício, este Tribunal Superior constate a existência de ilegalidade flagrante, circunstância que ora passo a examinar.

Busca o impetrante a revogação da prisão do paciente, alegando que a prisão foi decretada antes do trânsito em julgado da condenação, o que consistiria em constrangimento ilegal, e que o regime aplicado foi excessivamente gravoso.

Em relação ao primeiro argumento, convém esclarecer que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao denegar a ordem no Habeas Corpus (HC) 126.292, entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência. Confira-se, por oportuno, a ementa do referido acórdão:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (HC n. 126.292, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/2/2016, DJe 17/5/2016).

Para o Relator do caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal, Ministro Teori Zavascki, a manutenção da sentença pelo Tribunal revisor encerra a análise probatória, ficando autorizada, a partir de então, a execução da pena.

Registro que o entendimento perfilhado pelo STF no referido julgamento foi recentemente ratificado pelo Plenário da Corte Suprema, que rejeitou duas medidas cautelares nas ADCs n. 43 e 44, que buscavam reverter a decisão que admitira a execução da pena depois de decisão condenatória confirmada em segunda instância.

Por ocasião do julgamento do ARE n. 964.246/SP, em regime de repercussão geral, com caráter, portanto, vinculante, decidiu o STF que: *A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.*

Observe-se que, neste último julgamento, não foi mantida a ressalva contida no HC n. 126.292, de que a execução provisória seria cabível em caso de acórdão que *confirma* sentença condenatória. Ou seja, a tese defensiva de que a providência não seria aplicável ao caso uma vez que o acórdão atacado *reformou* a sentença não se sustenta, visto que o acórdão do Supremo Tribunal Federal que julgou a matéria em regime de repercussão geral, estabilizando, portanto, a questão, limita-se a condicionar a sua aplicação ao exaurimento do julgamento nas instâncias ordinárias.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Aliás, a matéria foi submetida a julgamento perante a Corte Especial deste Tribunal, que assim se manifestou:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 925/STF.

ENTENDIMENTO DO STJ EM HARMONIA COM O ENTENDIMENTO DO STF.

1. A Sexta Turma desta Corte firmou entendimento de que a execução provisória do acórdão que condenou o réu, proferido em grau recursal, não compromete a presunção de inocência, insculpido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário.

2. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 964.246/SP, decidiu que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal".

3. Entendimento do STJ em conformidade com a decisão do STF em sede de repercussão geral.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no RE no AgRg no RHC 76.199/RO, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, CORTE ESPECIAL, julgado em 07/06/2017, DJe 14/06/2017)

Não se verifica, portanto, o alegado constrangimento ilegal quanto à questão.

Em relação aos fundamentos apresentados pela Corte *a quo* para o afastamento da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, verifica-se que, na hipótese, o Tribunal *a quo* aduziu o seguinte (e-STJ fls. 28/29):

Imperioso afastar-se o redutor previsto no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06.

Com efeito, embora não se vislumbre a inconstitucionalidade do dispositivo em comento, já que ele possibilita ao julgador a correta individualização da pena do traficante eventual, ou seja, aquele que acabou de ingressar ao submundo das drogas e que não se dedica a atividades criminosas, é certo que, no caso em análise, mostrou-se clarividente que o réu não é "traficante de primeira viagem" (expressão utilizada por Guilherme de Souza Nucci in Leis Penais e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Processuais Penais Comentadas - 5a Edição - 91 - pág. 372). Isso porque o acusado não comprovou atividade laborativa lícita e tinha em seu poder razoável quantidade de drogas, de natureza variada. Tais circunstâncias rechaçam a possibilidade de o réu ser beneficiado com o redutor em questão, eis que evidenciam se dedicar à atividade criminosa.

Ademais, o sargento da polícia militar Luís Roberto Lança asseverou ser “atuante em Sales Oliveira há cerca de 18 anos, conhecendo bem a cidade e os moradores. Esclareceu que havia várias denúncias, de pessoas que preferiam não se identificarem, no sentido de que Tatiane Aparecida da Silva Neves (a qual acompanhava o réu por ocasião do flagrante), irmã de Flávia (já presa por diversas vezes pelo envolvimento com o tráfico), estava envolvida com o tráfico ilícito de entorpecentes, juntamente com Simone Gcorjutti Fracarolli e o réu Anderson Simeão, sendo que este estava buscando drogas na cidade de Ribeirão Preto para repassar em Sales de Oliveira (fls. 92).

No mesmo sentido foram os relatos dos policiais militares responsáveis pela prisão, os quais afirmaram que há algum tempo vinham recebendo denúncias da prática de tráfico pelo réu, com envolvimento de terceiros.

É por isso que o réu, indubitavelmente, não merece o benefício “sub examine”, pois não é traficante eventual, fazendo do tráfico meio de vida.

Pelo exposto, fica afastado o redutor contido no art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas, fixando-se a pena do apelado em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no piso, tomada definitiva.

Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, 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 organização criminosa.

Contudo, na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o *quantum* da redução retromencionada, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Logo, 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.

Na espécie, pela leitura dos excertos acima transcritos, infere-se que o Tribunal de origem conferiu legalidade ao não reconhecimento do privilégio, ao destacar que a quantidade e a variedade dos entorpecentes apreendidos (*20 microtubos cônicos contendo 28,23g de cocaína, 2 porções de vegetais ressequidos da substância entorpecente conhecida vulgarmente como "maconha", na quantidade de 1,27g*), aliadas às circunstâncias em que ocorreu o delito, indicativas do tráfico habitual, são elementos que permitem concluir que há dedicação às atividades criminosas.

Assim, tendo havido fundamentação concreta, pelo Tribunal local, para não aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, concluo que, para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que o paciente não se dedica às atividades criminosas, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório amalhado durante a instrução probatória, o que, como cediço, é vedado na via estreita do *habeas corpus*, de cognição sumária.

Nessa linha:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. 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 FECHADO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DAS DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

na liberdade de locomoção do paciente.

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. In casu, o entendimento registrado na origem está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior, firmada no sentido de que a considerável quantidade, a variedade e a natureza das drogas apreendidas, pressupõe 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 dos pacientes às atividades criminosas constitui matéria que refoge ao restrito escopo do habeas corpus, porquanto demanda percuciente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

(...)

Habeas corpus não conhecido. (HC 375.681/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 24/02/2017) - grifei.

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO 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 INTERMEDIÁRIO. ADEQUADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)

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 pelas instâncias antecedentes, com base na quantidade e na variedade de drogas apreendidas - 5 tijolinhos de maconha (10g), 122 tijolos de maconha (244g) e 4 petecas de cocaína (3,32g) - e nos depoimentos testemunhais colhidos durante a instrução, que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, a modificação desse entendimento, a fim de fazer incidir



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a minorante da Lei de Drogas, enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. Precedentes.

(...)

5. *Habeas corpus não conhecido.* (HC 375.047/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017) - grifei.

Já em relação ao regime de pena aplicado, é de se consignar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 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.

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 n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, *in verbis*:

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, embora o magistrado local tenha fixado a pena-base no mínimo legal, qual seja, 5 anos de reclusão, a qual tornou-se definitiva dada a ausência de outras circunstâncias modificadoras, o Tribunal *a quo* reformou a sentença e estabeleceu o regime inicial fechado, destacando a hediondez do delito e a quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos - 20 porções de cocaína pesando 28,23g e 2 de maconha com 1,27g. Eis o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conteúdo do acórdão:

Imperiosa, ainda, a fixação do regime prisional mais gravoso.

Não se desconhece que a hediondez do delito não é motivo idôneo para negar regime prisional mais brando, ainda mais porque, no caso à baila, foi fixada pena inferior a 08 (oito) anos de reclusão, o que autorizaria, em tese, a imposição do regime inicial semiaberto.

Não obstante, o regime não pode decorrer exclusivamente da quantidade da pena imposta, sendo tarefa do julgador analisar todas as circunstâncias que permearam a prática delitiva.

Com relação ao delito de tráfico de entorpecentes, é pacífico nos Tribunais Superiores que a gravidade concreta do crime, analisada com supedâneo na quantidade e/ou natureza da droga, autoriza a imposição de regime mais gravoso.

(...)

As circunstâncias do caso concreto, em especial a natureza da droga apreendida, indicam que regime mais gravoso e o mais adequado à situação 'in concreto', necessário à conscientização da ilicitude e único apto a prevenir a reincidência, haja vista que, a par do quantum da pena imposta, trata-se de delito extremamente grave, que não raro serve como porta de entrada a inúmeras outras condutas delitivas, desvirtuando indivíduos e ameaçando a ordem da sociedade.

O réu tinha em seu poder 20 porções de cocaína e 02 porções de maconha, o que demonstra que significativo número de pessoas seria afetado por sua conduta, retratando sua intensa periculosidade.

Não se perca de vista, ainda, a natureza de parte das drogas apreendidas (cocaína), substâncias das mais nocivas ao organismo humano, dadas as consequências decorrentes do consumo prolongado e reconhecida capacidade de causar dependência, a demonstrar a maior gravidade do crime praticado.

Dessa forma, de rigor fixar o regime inicial fechado, providência que se revela socialmente recomendável ao caso, bem como necessária para a prevenção e a repressão da conduta criminosa.

No ponto, importa considerar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a valoração negativa da quantidade e natureza dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação de regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso. Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO. NÃO CABIMENTO. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. QUANTIDADE E VARIEDADE DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE.

[...]

3. *Caso em que a incidência daquela minorante no patamar de 1/3 decorreu da quantidade e da natureza da droga apreendida (55 porções de cocaína e maconha), inexistindo ilegalidade patente a ser reparada na via estreita do mandamus.*

4. *O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar o disposto no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.*

5. ***A despeito de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis e de a pena ter sido fixada em 3 anos e 4 meses de reclusão, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas em poder do paciente, também utilizadas para o fim de fixar o regime prisional, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, admitem o cumprimento inicial da sanção no regime semiaberto.***

6. *A Suprema Corte, no HC n. 97.256/RS, também passou a admitir a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, no termos do art. 44 do Código Penal.*

7. *A jurisprudência desta Corte tem entendido que a natureza, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas podem interferir na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (AgRg na Rcl 21.663/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/11/2014, DJe 05/12/2014).*

8. *In casu, a Corte estadual, sem se alinhar àquela orientação pretoriana, valeu-se, também, da quantidade (55 invólucros) e da natureza da droga (cocaína e maconha) para vedar a substituição pretendida.*

9. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício,*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apenas para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena. (HC 296.069/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe 11/9/2015).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NÃO CONHECIMENTO.

1. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

2. Mantido o regime inicial fechado e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos pelo Tribunal de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, em especial a quantidade e a natureza da droga apreendida - 25,5 g de cocaína - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

3. Habeas corpus não conhecido. (HC 321.231/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 11/9/2015).

Entretanto, na espécie, entendo que a quantidade de entorpecentes apreendidos – 28,23g de cocaína e 1,27g de maconha – não é expressiva o suficiente para o recrudescimento do regime.

Assim, tratando-se de réu primário, com as circunstâncias judiciais favoráveis, condenado a pena superior a 4 e que não excede 8 anos de reclusão, o paciente faz jus ao regime semiaberto, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º, b, e 3º, do Código Penal.

Diante do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem**, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto, confirmando a liminar anteriormente deferida.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0230122-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 415.554 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00001200220128260397 1200220128260397 20170000595545

EM MESA

JULGADO: 28/11/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ELIZABETE CARDOSO DE OLIVEIRA
ADVOGADO : ELIZABETE CARDOSO DE OLIVEIRA - SP221184
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDERSON APARECIDO SIMEAO

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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.