



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 454.929 - SP (2018/0146956-8)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : JOAO PAULO ESTECIO DA SILVA (PRESO)
ADVOGADO : FÁBIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO - SP146720
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. UTILIZAÇÃO DA QUANTIDADE DE DROGAS TANTO NA PRIMEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA QUANTO PARA FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. MATÉRIA NÃO SUSCITADA NO *MANDAMUS*. DISCUSSÃO EM SEDE DE AGRAVO REGIMENTAL. INVIABILIDADE. INOVAÇÃO INDEVIDA. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME. ELEVADA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. MODO MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. ILEGALIDADE INEXISTENTE. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA EXTENSÃO, DESPROVIDO.

1. Não é possível a análise da alegada utilização da quantidade de drogas tanto na primeira fase da dosimetria da pena quanto para fixação do regime prisional, porquanto tal pretensão somente foi trazida à discussão em sede de agravo regimental, providência vedada pela jurisprudência deste Tribunal Superior, por revelar nítida inovação recursal.

2. 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.

3. Na espécie, estabelecida a sanção em patamar superior a 4 anos e inferior a 8 anos de reclusão, a gravidade concreta do crime, evidenciada pela expressiva quantidade de droga justifica a imposição do modo prisional fechado.

4. Agravo regimental conhecido em parte e, na extensão, desprovido.

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, conhecer parcialmente do agravo regimental e, nessa parte, negar-lhe provimento.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 25 de setembro de 2018(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 454.929 - SP (2018/0146956-8)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : JOAO PAULO ESTECIO DA SILVA (PRESO)
ADVOGADO : FÁBIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO - SP146720
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI: Trata-se de agravo regimental interposto por JOAO PAULO ESTECIO DA SILVA, contra decisão singular de fls. 64/68, por meio da qual não se conheceu do *habeas corpus*, por ser manifestamente incabível, assentando-se, ainda, a inexistência de constrangimento ilegal para fins de concessão da ordem de ofício.

Sustenta o agravante que o regime mais gravoso para o resgate da reprimenda privativa foi com base exclusivamente na gravidade abstrata.

Assevera que a decisão agravada merece ser reformada, porque foi utilizado o art. 42 da Lei nº 11.343/06 para inovar na fundamentação do regime inicial mais gravoso, contudo tal motivação não foi utilizada pela Corte de origem.

Alega que houve violação do princípio do *ne bis in idem*, uma vez que o art. 42 da Lei de Drogas foi utilizado tanto para exasperar a pena-base quanto para agravar o regime prisional.

Requer, dessa forma, a reconsideração da decisão agravada ou a submissão do feito ao Colegiado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 454.929 - SP (2018/0146956-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI(Relator): Busca-se no regimental a reforma da decisão que não conheceu do *writ*.

Consta dos autos que o paciente foi condenado às penas de 07 anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito previsto no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, porque tinha em depósito 2.300 invólucros de cocaína, com peso aproximado de 1.558 kg (um quilo e quinhentos e cinquenta e oito gramas); 14 tijolos de maconha, com peso de 12.699 kg (doze quilos e seiscentos e noventa e nove gramas) e 200 pedras de crack, com peso de 59.100 kg (cinquenta e nove quilos e cem gramas).

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso, mantendo-se, na íntegra, a sentença condenatória.

Impetrou-se *habeas corpus* contra o aludido acórdão, pleiteando a sua reforma e, por conseguinte o abrandamento do regime prisional.

Posteriormente, em decisão monocrática não se conheceu do *mandamus*, restando assinalada a inexistência de constrangimento ilegal.

Insurge-se o agravante contra a fixação do regime inicial fechado.

Todavia, a irresignação não comporta acolhimento.

No tocante à alegada utilização da quantidade de drogas tanto na primeira etapa da dosimetria da pena quanto para fixação do regime prisional, insta consignar que a impetração originalmente apresentada nada tratou a respeito deste tema, circunstância que evidencia e configura indevida inovação recursal, inviável de ser analisada nesta via.

Desta forma, a controvérsia, no ponto, não pode ser dirimida por esta Corte Superior, conforme reiterada jurisprudência:

**AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ACÓRDÃO
CONDENATÓRIO. INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA.
SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RESTRITIVA DE DIREITOS. INOVAÇÃO RECURSAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. No julgamento do HC n. 126.292/MG, realizado em 17/2/2016, o [...]

3. A tese de aplicação do novo entendimento do Supremo Tribunal Federal, proferido nos autos do HC n. 118.533, que possibilitara a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados por crime de tráfico privilegiado, não foi aventada no writ, configurando-se hipótese de inovação recursal, o que impede sua análise no regimental.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 370.016/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 01/02/2017)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 33, § 4º, C/C ART. 40, I, AMBOS DA LEI Nº 11.343/06. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. AFASTAMENTO. INCIDÊNCIA DO PATAMAR MÁXIMO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. ENUNCIADO DA SÚMULA Nº 7/STJ ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INOVAÇÃO RECURSAL. NÃO CABIMENTO. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. [...]

4. Devidamente fundamenta a fixação do regime inicial fechado, porquanto "a quantidade de substância entorpecente de elevado potencial lesivo", deve ser mantida a escolha do modo prisional mais severo, em conformidade com o art. 33, § 2º, "b", c/c § 3º, do Código Penal.

5. Trata-se de inovação recursal, cujo exame se afasta, a pretensão de análise da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

6. O agravo regimental não traz argumentos novos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, veiculando mero inconformismo com o que se decidiu, razão por que deve ser mantida a decisão monocrática proferida.

7. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 828.022/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017)

No mais, conforme restou asseverado na decisão ora agravada, os Tribunais Superiores têm entendimento no sentido de que, por se tratar de exercício que envolve a apreciação do conjunto probatório e das peculiaridades de cada caso concreto, compete ao magistrado de primeiro grau, secundado pelo Tribunal, em apreciação de eventual recurso de apelação, a análise da situação concreta e, observando os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, fixar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reprimenda adequada.

A intervenção do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal fica restrita a hipóteses de evidente desproporcionalidade ou de flagrante ilegalidade, quando então será permitida a alteração do regime inicial ou o redimensionamento da sanção a partir do balizamento fático estabelecido nos autos, corrigindo eventual desacerto quanto à avaliação das circunstâncias judiciais, bem como ajustes nas frações de aumento ou diminuição e aferição das causas especiais que elevam ou reduzem a pena.

Ressaltou-se, ainda, que a dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena, sendo permitido ao julgador analisar com discricionariedade o *quantum* ideal de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.

No que se refere ao regime inicial para o cumprimento da pena, constatou-se que a Corte impetrada manteve o fechado, em aresto assim redigido, *verbis*:

Por fim, ao regime inicial fechado imposto para cumprimento da pena privativa de liberdade, incabível eventual abrandamento. Ainda que não vedado regime diverso para os delitos de tráfico de entorpecentes, consoante entendimento das Cortes Constitucionais, o regime imposto harmoniza-se com o disposto na Lei Maior em relação aos crimes de tráfico de entorpecentes, tortura e terrorismo (artigo 5º, inciso XLIII da CF).

Ademais, neste caso concreto entendo que pela conduta descrita, quantidade de entorpecente, efeito na comunidade (a facilitação da venda de drogas coopera para o ingresso de mais pessoas no mundo das drogas; a crack é altamente viciante, sendo também acompanhada pela maconha e cocaína em pó; o vício em drogas traz conduta antissocial; destrói laços familiares; fomenta a prática de outros delitos) e personalidade do agente (não se mostrou arrependido), o regime fechado é o que se adequa a atual redação da Lei 8.072/90. Outra forma não daria a resposta à conduta ou levaria o agente à reflexão sobre tão grave proceder. (fl. 23).

E, da leitura do acórdão impugnado, verifica-se que, embora tenha o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal de origem feito menção à gravidade abstrata do crime, nota-se que a Corte a *quo* também destacou a reprovabilidade concreta do delito, representada pela excessiva quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos - 2.300 invólucros de **cocaína 1.558kg**; 14 tijolos de **maconha 12.699kg** e 200 pedras de **crack 59,1 kg** (fl. 17), tendo destacado no *decisum* que *"neste caso concreto entendo que pela conduta descrita, **quantidade de entorpecente**, efeito na comunidade (a facilitação da venda de drogas coopera para o ingresso de mais pessoas no mundo das drogas"* (fl. 23), razão pela qual não procede a alegação do agravante de que a instância de origem não fez referência à quantidade de droga para fundamentar a imposição do regime inicial fechado.

Cumpre salientar que, a teor da jurisprudência reiterada deste Sodalício, a escolha do regime não está atrelada, de modo absoluto, ao *quantum* da reprimenda corporal firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso concreto, especialmente o contido no art. 59, do CP, e no art. 42 da Lei n. 11.343/06.

Assim, não se pode considerar ilegal o acórdão impugnado no ponto em que deixou de aplicar o regime semiaberto pois, embora a reprimenda tenha sido definitivamente estabelecida em 7 (sete) anos de reclusão, verifica-se que a elevada quantidade e a diversidade de drogas apreendidas justifica o seu encarceramento mais gravoso.

Nesse sentido:

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. REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE DO ENTORPECENTE. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA.

[...]

5. Embora o paciente seja primário e pena tenha sido estabelecida em 5 anos de reclusão, o regime inicial fechado é o adequado para a reprovação do delito, tendo em vista a expressiva quantidade de droga apreendida, nos exatos termos dos arts. 42 da Lei de Drogas c/c o art. 59 e 33 do Código Penal.

6. In casu, a dedução do período de prisão cautelar não tem o condão de abrandar o regime prisional estabelecido, diante da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

presença de fundamento válido para o modo mais gravoso - a expressiva quantidade de droga.

7. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do atendimento do requisito objetivo, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

8. Habeas corpus não conhecido.

(HC 460.141/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 14/09/2018)

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA.

1. Não ocorre bis in idem quando o julgador fixa a pena-base acima do mínimo legal em razão da quantidade e nocividade das drogas apreendidas e afasta o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, por conta da dedicação do paciente à atividade criminosa, que foi evidenciada pelas circunstâncias do delito.

2. O redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 foi afastado, no caso, em razão das circunstâncias da apreensão (disposição em tablete e barra, materiais apreendidos - eppendorfs utilizados para embalar drogas para posterior venda -, a partir de denúncia anônima, em ponto conhecido de venda ilegal), além da quantidade e diversidade da droga encontrada em poder do ora agravante (57,10 g de cocaína, 264,51 g de crack e 183,21 g de maconha). A tese recursal de que não haveria respaldo probatório para a conclusão adotada no sentido de que o agravante teria envolvimento com organização criminosa, para ser acolhida, demandaria ampla dilação em fatos e provas, o que não se harmoniza com o rito do habeas corpus, de cognição sumária.

3. Regime fechado mantido e devidamente fundamentado ao se considerar a expressiva quantidade, diversidade e natureza das substâncias entorpecentes apreendidas.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 387.889/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2018, DJe 28/08/2018)

Assim, inexistindo ilegalidade a ser sanada por este Sodalício, a decisão agravada deve ser mantida.

Ante o exposto, **conhece-se parcialmente** do agravo regimental e, na extensão, **nega-se-lhe provimento**.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0146956-8 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no**
HC 454.929 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00112180720168260635 112180720168260635 20180000058458

EM MESA

JULGADO: 25/09/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : FABIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO E OUTRO
ADVOGADOS : FÁBIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO - SP146720
FABIO SUARDI D ELIA - SP249995
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOAO PAULO ESTECIO DA SILVA (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 : JOAO PAULO ESTECIO DA SILVA (PRESO)
ADVOGADO : FÁBIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO - SP146720
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, conheceu parcialmente do agravo regimental e, nessa parte, negou-lhe provimento."

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