



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 378.914 - SP (2016/0300858-8)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO MARTINELLI SCRIGNOLI - SP332406
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL ROBERTO TRAJANO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME FECHADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO (ART. 33, § 3º DO CP E ART. 42 DA LEI N. 11.343/06). SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PATAMAR DA REPRIMENDA SUPERIOR A 4 ANOS. *WRIT* 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. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal – CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo, de acordo com o disposto no enunciado n. 440 da Súmula desta Corte e os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

No caso dos autos, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, tendo em vista as circunstâncias judiciais desfavoráveis presentes na hipótese, qual seja a grande quantidade de drogas apreendidas – (02 tijolos e 209 porções de maconha (425g) e 1 porção de cocaína (20g) – tendo sido negada, inclusive, a causa redutora de pena (§ 4º do art. 33). Dessa forma, em razão desses fundamentos e da reprimenda corporal ter sido estabelecida em patamar superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão, correta a fixação do regime mais gravoso, no caso o fechado, em conformidade com o disposto no art. 33, § 3º, do CP e 42 da Lei n. 11.343/06.

3. A fixação da pena privativa de liberdade em patamar superior a 4 anos impede a sua substituição por restritivas de direitos (art. 44, I, do CP).

Habeas corpus não conhecido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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

Brasília (DF), 07 de fevereiro de 2017(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 378.914 - SP (2016/0300858-8)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO MARTINELLI SCRIGNOLI - SP332406
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL ROBERTO TRAJANO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de RAFAEL ROBERTO TRAJANO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido na Apelação n. 0018052-08.2014.8.26.0114.

Infere-se dos autos que o paciente foi denunciado pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 (tráfico de entorpecentes), sendo absolvido pelo Juízo de primeiro grau.

O *Parquet* interpôs recurso de apelação, tendo o Tribunal de origem dado provimento ao recurso acusatório, para condenar o paciente à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, em acórdão assim ementado:

Apelação criminal Tráfico de drogas Sentença absolutória Recurso Ministerial buscando a reforma da r. sentença para que o réu seja condenado nas penas do art. 33, caput, da Lei 11.343/06 Materialidade e Autoria do delito de tráfico devidamente comprovadas Apreensão de 211 porções de maconha (peso líquido: 425 gramas) e 01 de crack (peso líquido: 20 gramas) Depoimentos dos policiais harmônicos entre si merecem credibilidade Policiais Militares que, em patrulhamento, avistaram o réu, o qual, ao notar a presença da viatura, demonstrou nervosismo. Efetuada a abordagem, em poder do mesmo foram encontradas 27 porções de maconha, dinheiro e celular. Em seguida, adentraram no imóvel, na frente do qual o acusado estava parado, e encontraram as demais drogas, celulares, balança de precisão e embalagens vazias Porções de maconha encontradas em poder do réu que eram idênticas àquelas localizadas dentro da casa A alegação de agressão por parte dos policiais está sendo apurada em apartado. Fato que, por si só, é insuficiente para isentar o acusado da responsabilidade penal Circunstâncias todas deixam evidente o tráfico, sendo de rigor a condenação.

Dosimetria Pena-base fixada acima do mínimo legal. Inteligência do art. 42 da Lei 11.343/06. Atenuante da menoridade relativa reconhecida Incabível a incidência da causa de diminuição de pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prevista no art. 33,§4º, da Lei de Drogas, eis que a apreensão de expressiva quantidade de entorpecentes, somada à prisão em local conhecido pelo tráfico, denota dedicação do réu à atividade criminosa Fixado o regime inicial fechado por ser mais adequado ao delito Impossibilidade de substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos. Falta de amparo legal e ineficácia da medida Sentença reformada Recurso Ministerial provido. Expedição de mandado de prisão (fl. 18).

Daí o presente *writ*, no qual a defesa sustenta que a primariedade e os bons antecedentes do paciente, bem como a pena-base ter sido fixada no mínimo legal, justificam a fixação de regime prisional mais brando que o fechado.

Aduz que a hediondez do delito não pode ser utilizada para fundamentar imposição de regime mais gravoso, pois está pautada em dispositivos julgados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal – STF. Invoca os enunciados n. 718 e 719 da Súmula da Suprema Corte.

Requer, assim, a nulidade do acórdão no que se refere ao regime e conversão da pena por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 38/40).

Estando devidamente instruído o feito, as informações foram dispensadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* (fls. 48/51).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 378.914 - SP (2016/0300858-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

Por se tratar 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.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, a fixação de regime inicial mais brando que o fechado, com a consequente substituição da pena por restritiva de direitos.

O paciente foi preso em flagrante, pois mantinha em depósito 211 porções, 02 delas maiores embaladas em filme plástico incolor e outras 209 menores embaladas individualmente em invólucros de plástico incolor, de maconha, pesando 425g , e mais 1 porção de cocaína, pesando 20g, e, foram encontrado ainda no interior do imóvel balança de precisão, celulares e R\$ 317,00 (trezentos e dezessete reais).

O Juízo de primeiro grau absolveu o paciente. A Corte estadual, por sua vez, condenou o paciente pelo delito de tráfico de drogas, à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, sob os seguintes fundamentos:

Na primeira fase, atentando-se aos critérios do art. 59, do Código Penal, bem como aos do art. 42, da Lei de Drogas, diante da expressiva quantidade de entorpecentes apreendidos (02 tijolos e 209 porções de maconha e uma porção de cocaína), exaspero a pena-base em 1/5 (um quinto), o que resulta em 06 anos de reclusão, mais o pagamento de 600 dias- multa, estabelecendo-se o valor de cada dia-multa no mínimo legal.

Na fase intermediária, ausentes circunstâncias agravantes e, reconhecida a atenuante da menoridade relativa, reduzo a reprimenda em 1/6 (um sexto), motivo pelo qual a pena retorna ao seu patamar mínimo.

Na derradeira etapa, não há causas de aumento ou de diminuição de pena a serem consideradas.

Quanto ao reconhecimento da causa de diminuição, prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, inaplicável sua incidência.

Na espécie, a expressiva quantidade de entorpecentes apreendidos (02 tijolos e 209 porções de maconha e uma porção de cocaína), somada à prisão em local conhecido como ponto de tráfico,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

revela a dedicação do réu à atividade criminosa, obstando, dessa maneira, a incidência do redutor.

[...]

Portanto, a pena em definitivo fica estabelecida em 05 anos de reclusão, e 500 dias-multa, no piso.

[...]

Além do mais, indiscutível que, para o delito de tráfico de drogas, o regime inicial é mesmo o fechado, o qual ora fixo. Todo indivíduo que participa de narcotráfico revela extrema periculosidade.

O crime em tela intranquiliza a população e vem crescendo, causa problemas gravíssimos ao bom convívio familiar. Essa difusão há de ser coibida pelo Estado-Juiz, o qual, ao impor regime mais rigoroso, não só retirará o malfeitor perigoso do convívio social, mas também evitará que ele continue a exercer suas atividades ilícitas, viciando pessoas e destruindo famílias, tal como no caso dos autos, em que houve a apreensão de expressiva quantidade de entorpecentes.

Do mesmo modo, não há que se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

[...]

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao apelo Ministerial para condenar Rafael Roberto Trajano às penas de 05 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 500 dias-multa, no piso legal, como incurso no art. 33, caput, da Lei 11.343/06. Expeça-se mandado de prisão (fls. 31/35).

Na hipótese, verifico que o Tribunal de origem fundamentou o regime fechado com base na gravidade abstrata do delito.

É firme neste Tribunal a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal – CP. Nesse sentido, foi elaborado o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, que prevê:

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".

No mesmo sentido, são os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Todavia, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, tendo em vista as circunstâncias judiciais desfavoráveis presentes na hipótese, qual seja a quantidade de drogas apreendidas, tendo sido negada, inclusive, a causa redutora de pena (§ 4º do art. 33). Dessa forma, em razão desses fundamentos e da reprimenda corporal ter sido estabelecida em patamar superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão, correta a fixação do regime mais gravoso, no caso o fechado, em conformidade com o disposto no art. 33, § 3º, do CP e 42 da Lei n. 11.343/06.

A propósito, confirmam-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE CONSIDERÁVEL DA DROGA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM QUE O PACIENTE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL FECHADO. HEDIONDEZ DO CRIME. FUNDAMENTO INIDÔNEO. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE ENSEJAM A NECESSIDADE DO REGIME MAIS GRAVOSO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 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 do que a pena comporta pode ser estabelecido com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas 440/STJ e 718/STF.

- No caso, considerando-se que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em razão da quantidade e nocividade da droga apreendida, há circunstância concreta que recomenda o regime mais gravoso, 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.

- Habeas corpus não conhecido (HC 321.684/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 30/03/2016).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ENTORPECENTES. AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA DO ARTIGOS 33, §2º E §3º, DO CÓDIGO PENAL E 42 DA LEI N. 11.343/2006. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

III - No caso concreto, as instâncias ordinárias negaram a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.434/2006 ao fundamento de que a paciente se dedicaria à atividades criminosas. Rever tal entendimento exigiria dilação fático-probatória, o que encontra óbice na estreita via do habeas corpus.

IV - O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 - com redação dada pela Lei nº 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.

V - In casu, fixada a pena-base acima do mínimo legal, porque presente circunstância judicial desfavorável, mostra-se adequada a aplicação do regime inicial mais gravoso (no caso, o fechado), à paciente, condenada à pena inferior a 8 (oito) anos, primária, ostentando condições judiciais desfavoráveis, nos termos da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, §§ 2º e 3º, ambos do Código Penal e art. 42 da Lei 11.343/2006, o que afasta a alegação de qualquer ilegalidade.

Habeas corpus não conhecido, revogada a liminar anteriormente deferida (HC 340.833/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 28/03/2016).

Por fim, no tocante à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, observa-se que o paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44 do CP, haja vista que a pena privativa de liberdade restou fixada em patamar superior a 4 anos.

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer do presente *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0300858-8

HC 378.914 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00180520820148260114 180520820148260114 20160000610636

EM MESA

JULGADO: 07/02/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO MARTINELLI SCRIGNOLI - SP332406
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL ROBERTO TRAJANO

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."

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