



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 364.238 - SP (2016/0195628-1)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : **ANDERSON FLORENCIO DOS SANTOS**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **ANDERSON FLORENCIO DOS SANTOS (PRESO)**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. **TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES**. REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. REGIME ESTABELECIDO COMO CONSECUTÓRIO DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2º, ALÍNEA **B**, E § 3º, DO CÓDIGO PENAL. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - Na presente hipótese, verifica-se que as circunstâncias judiciais da natureza e quantidade da droga (**99 porções de cocaína, 64 porções de crack e 102 porções de maconha**) e da agravante da reincidência foram valoradas em desfavor do paciente, o que demonstra a adequada aplicação do regime inicial mais gravoso (no caso, o fechado), nos termos da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, §§ 2º e 3º, ambos do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido.

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.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de fevereiro de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 364.238 - SP (2016/0195628-1)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado por ANDERSON FLORENCIO DOS SANTOS, em causa própria, em face de v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 7 (sete) anos, 8 (oito) meses e 19 (dezenove) dias de reclusão, em regime inicialmente fechado, mais multa, como incurso nas sanções do artigo 33, **caput**, c.c. artigo 40, inciso VI, ambos da Lei n. 11.343/06.

No julgamento da apelação, o eg. Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso da defesa, a fim de afastar a causa de aumento prevista no artigo 40, inciso VI, da Lei n. 11.343/06, redimensionando a reprimenda do paciente para 6 (seis) anos, 6 (seis) meses e 19 (dezenove) dias de reclusão, em regime inicialmente fechado, mais multa. Eis a ementa:

"TÓXICOS. TRÁFICO - Insuficiência de provas. Não comprovado. Desclassificação para delito de uso de droga. Não configuração. Autoria do tráfico reconhecida. Análise da versão apresentada que não encontra amparo nas provas trazidas aos autos. O ser usuário não espanca a condição de tráfico. Depoimentos dos policiais que são valorizados - ausência de impugnação concreta. DOSIMETRIA DA PENA. Afastada a causa de aumento prevista no artigo 40, inciso VI da Lei 11.343/06 por ausência de provas. Falta do requisito legal (primariedade) para redução do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06. Substituição negada. REGIME MANTIDO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO" (fl. 35).

Daí o presente **writ**, no qual alega o impetrante, em breve síntese, que *"exige-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado"* (fl. 7).

Requer, ao final, *"a mudança do regime inicial de cumprimento da pena para o regime semiaberto"* (fl. 8).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Liminar indeferida às fls. 15-16.

Informações prestadas às fls. 23-45.

Instada a se manifestar, a Defensoria Pública da União, às fls. 58-59, pugnou pela *"concessão da ordem, nos termos pleiteados pelo impetrante"*.

O Ministério Público Federal, às fls. 63-68, manifestou-se pelo **não conhecimento da ordem**.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 364.238 - SP (2016/0195628-1)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. **TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES**. REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. REGIME ESTABELECIDO COMO CONSECUTÁRIO DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2º, ALÍNEA **B**, E § 3º, DO CÓDIGO PENAL. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. **HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - Na presente hipótese, verifica-se que as circunstâncias judiciais da natureza e quantidade da droga (**99 porções de cocaína, 64 porções de crack e 102 porções de maconha**) e da agravante da reincidência foram valoradas em desfavor do paciente, o que demonstra a adequada aplicação do regime inicial mais gravoso (no caso, o fechado), nos termos da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, §§ 2º e 3º, ambos do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Insta consignar,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inicialmente, que a Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no mandamus.

Transcrevo, a fim de delimitar a **quaestio**, o seguinte excerto da r. sentença condenatória, **in verbis**:

*[...] Atenta às diretrizes do artigo 42 da Lei 11.343/06, **fixo a pena base em 06 anos de reclusão e 600 dias multa fixados no valor mínimo legal e justifico a elevação diante da considerável quantia da droga, reveladora de expressiva nocividade à saúde representada em 99 porções de cocaína; 64 porções de crack' e 102 porções de Cannabis sativa L', vulgarmente conhecida por maconha.***

[...]

*É **Reincidente**, antes condenado por crime de tráfico de drogas - 29ª. Vara Criminal - certidão de folha 78, com trânsito em julgado em 13/05/2011, resultando no acréscimo de 1/6 à pena retro, em 07 anos de reclusão e 700 dias multa fixada no valor mínimo legal.*

[...]

*Inconteste prova de dedicação à traficância e inserção na cadeia delitiva de crime organizado, guardadas as proporções hierárquicas do crime ainda não alcançadas pelo réu e ao que parece, também à polícia investigativa, fundamento pelo qual **não aplico a redução na forma prevista no artigo 33 parágrafo 4º da Lei 11.343/06.***

Ademais, é reincidente.

*A pena será cumprida em regime inicial fechado - artigo 2º. Parágrafo 1º da Lei 8.072 com a redação que lhe conferiu a Lei 11.464/07, adequado ao perfil de quem se coloca com determinação à disseminação do tráfico de drogas, em demonstração de frieza para as consequências sociais comumente vistas, **negado o apelo em liberdade**" (fls. 30-33).*

O v. acórdão da apelação, por sua vez, estabeleceu:

"[...]

*A **fixação da pena base levou em consideração não só as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, como também o artigo 42 da Nova Lei de Drogas. Ainda que sucinto, justificou o aumento na gravidade da conduta, consequências do crime e quantidade droga apreendida.***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dentro desse parâmetro, é possível avaliar o tipo de entorpecente encontrado com o réu, indicativo do grau de nocividade para a saúde pública, encontrando correlação com as consequências do crime. Além da quantidade de entorpecente, modo de acondicionamento e do dinheiro apreendidos, capazes de indicar o grau de envolvimento do infrator com o tráfico.

[...]

A agravante da reincidência também deve permanecer, já que baseada em condenação já transitada em julgado, anotando que não foi utilizada para aumento na primeira fase.

Quanto a causa de aumento prevista no artigo 40, inciso VI da Lei 11.343/06 deve ser afastada, pois não restou comprovada. Os adolescentes não foram ouvidos em juízo e o fato de um deles ter dito na delegacia que estava ali para adquirir droga não cria liame suficiente com o apelante porque não há provas de que estava naquele local tendo o adolescente como meta, o que resulta a pena de 07 anos de reclusão e 700 dias multa.

Pelos motivos acima e principalmente pela ausência de requisito da primariedade, se afasta a tese de benesse do artigo 33, § 4º da Lei 11.343/06 e o pedido de substituição da pena privativa de liberdade.

Pela redução aplicada nos termos do artigo 387 do Código Penal na data da sentença, fixo a pena final em 06 anos, 06 meses e 19 dias de reclusão e pagamento de 700 dias-multa.

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, efeito na comunidade e personalidade da agente, 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" (fls. 37-39, grifei).

Com efeito, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o deferimento do regime **semiaberto** dá-se desde que preenchidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea **b**, e § 3º, c.c. o art. 59 do Código Penal, quais sejam, a **ausência de reincidência**, a condenação por um período superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) e a **inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis**.

Verifica-se, na **presente hipótese**, que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal ante a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis (quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos), o que justifica a imposição do regime mais gravoso do que o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cabível em razão do **quantum** de pena aplicado.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. EXAME DE SANIDADE MENTAL. REALIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI 11.343/06. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. VIA INADEQUADA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. PACIENTE REINCIDENTE. REPRIMENDA FINAL INFERIOR A 8 ANOS E SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REINCIDÊNCIA. REGIME FECHADO. ADEQUAÇÃO. WRIT NÃO CONHECIDO. [...]"

5. O Tribunal de origem adotou fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o quantum imposto, tendo em vista a quantidade e a natureza da droga apreendida (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006).

6. O Tribunal a quo negou a aplicação da causa especial de diminuição de pena em razão da reincidência do paciente, o que não configura manifesto constrangimento ilegal, porquanto devidamente fundamentado o afastamento da benesse com fulcro no próprio comando de regência da matéria, qual seja, o art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, que dispõe que "[...] as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços [...] desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa".

7. Nos termos do art. 33, §§2º e 3º, c.c art. 59, ambos do Código Penal, fixada a pena em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão e superior a 4 (quatro), a estipulação do regime inicial fechado é apropriada, quando existem circunstâncias judiciais desfavoráveis, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, além de ser o réu reincidente.

8. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 330.656/SP, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 11/12/2015, grifei).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.340/2006. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FECHADO. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO (763,210 G DE CRACK). ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

2. A Corte estadual afastou a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, por entender que o acusado se dedica ao tráfico de drogas, com arrimo nos fatos da causa. Para concluir de modo diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus. Precedentes.

*3. Considerada a pena final aplicada 5 (cinco) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) anos de reclusão, **as circunstâncias judiciais desfavoráveis, a natureza e quantidade da droga apreendida, revela-se correta a fixação do regime inicial fechado, a teor do art. 33 do CP, c/c o art. 42 da Lei de Drogas. Encontra-se, portanto, suficientemente motivada a escolha do regime prisional mais gravoso.***

*4. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 332.475/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 1º/12/2015, grifei).*

Ademais, não se pode olvidar que o requisito atinente à primariedade não foi devidamente atendido, eis que, na segunda fase da dosimetria, foi reconhecida a agravante da reincidência.

Desta forma, não há se falar em flagrante ilegalidade passível de ser sanada pela concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, **não conheço do presente habeas corpus.**

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0195628-1

HC 364.238 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00289476020138260050 20150000125620 289476020138260050

EM MESA

JULGADO: 16/02/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANDERSON FLORENCIO DOS SANTOS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDERSON FLORENCIO DOS SANTOS (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.