



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 378.844 - SP (2016/0300013-0)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE : WASHINGTON COSTA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. DEDICAÇÃO DO RÉU À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME DE PROVAS. REGIME INICIAL FECHADO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06 E ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS JUSTIFICA FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PÁTAMAR DA REPRIMENDA SUPERIOR A 4 ANOS. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A quantidade de drogas apreendidas (298,52g de maconha) constitui elemento idôneo para justificar a dedicação do agravante a atividades criminosas, vedando a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, bem como para justificar a imposição do regime inicial fechado, de acordo com o disposto no art. 42 da Lei de Drogas e no art. 33, § 3º, do Código Penal e em consonância com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Ademais, para se acolher a tese de que o paciente não se dedica às atividades criminosas, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em *habeas corpus*.

2. 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 Código Penal – CP).

Agravo regimental desprovido.

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, negar provimento ao agravo regimental.

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

Brasília (DF), 14 de fevereiro de 2017(Data do Julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 378.844 - SP (2016/0300013-0)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE : WASHINGTON COSTA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Agravo regimental interposto por WASHINGTON COSTA contra decisão monocrática, de fls. 45/53, que negou seguimento ao *habeas corpus* impetrado em benefício do ora agravante.

No presente regimental, alega o agravante que faz jus à aplicação da causa redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 no patamar máximo (2/3), ao regime aberto e à substituição da pena por restritiva de direitos, pois a quantidade de drogas foi pequena, não sendo fundamentação idônea para reduzir a fração da benesse e fixar o regime mais gravoso.

Pretende, assim, *"seja reconsiderada a r. decisão monocrática de fls., ou provido o presente Agravo Regimental e, conseqüentemente, conhecido e concedida a ordem no habeas corpus impetrado, para os fins postulados"* (fl. 63).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 378.844 - SP (2016/0300013-0)

VOTO

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

O presente agravo regimental não merece provimento, em que pesem os argumentos apresentados pelo agravante, devendo a decisão ser mantida por seus próprios fundamentos.

Conforme afirmado no *decisum* agravado, esta Corte Superior não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, porém ressalta a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente, o que não é o caso dos autos.

Com efeito, consta dos autos que o Tribunal *a quo* manteve o regime inicial fechado, fixado pelo Magistrado de primeiro grau, em razão da gravidade abstrata do delito, bem como não substituiu a pena por restritiva de direitos, pois a reprimenda restou fixada em 5 anos de reclusão, e, haja vista a quantidade de droga apreendida (298,52g de maconha), vedou a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, consoante os seguintes excertos:

Procede, lado outro, o pleito ministerial para reformulação da dosimetria da pena, uma vez que a quantidade de droga apreendida inviabiliza a incidência da causa de diminuição do § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas, a qual deve, portanto, ser extirpada, retornando assim a pena ao piso mínimo previsto à espécie, ou seja, 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Por conseguinte, prejudicado o pleito defensivo dirigido à substituição por penas alternativas, diante do novo quantum de pena.

Inviável, por fim, a pretendida atenuação do regime prisional, porque o crime de tráfico ilícito de drogas exige a aplicação de regime prisional mais severo, pois, além de ser equiparado a hediondo pelo art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, é imprescindível uma resposta penal rigorosa do Poder Judiciário em razão da grave lesão que causa à saúde pública, bem como pela intranquilidade e insegurança que traz para a sociedade atual.

Isso posto, rejeita-se a preliminar arguida, nega-se provimento ao recurso defensivo e dá-se provimento àquele manejado pelo órgão ministerial, o que resultou na elevação da pena para 05 (cinco) anos de reclusão, mais 500 (quinhentos) dias-multa (fls. 16/17).

Quanto à minorante, o acórdão está em consonância com o entendimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desta Corte de que, pode ser vedada a aplicação da causa redutora em razão da dedicação do ora agravante às atividades criminosas, evidenciada sobretudo pela quantidade de drogas apreendidas.

A propósito, trago à colação os julgados desta Quinta Turma do STJ:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTOS VÁLIDOS PARA A MODULAÇÃO DO ÍNDICE DE REDUÇÃO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS. CRITÉRIO IDÔNEO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Segundo reiterada jurisprudência dos Tribunais Superiores, a quantidade e a natureza da droga apreendida podem ser sopesadas na definição do índice de redução da pena pela incidência do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 ou, até mesmo, no impedimento da aplicação da referida minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. Precedentes.

3. No caso, o Juiz sentenciante, dentro do critério de discricionariedade vinculada do julgador na individualização da pena, reduziu a pena em 1/6, com fundamento na variedade e natureza das drogas apreendidas - 22 pinos de cocaína (15g) e 26 papelotes de maconha (51,8g) -, o que não se mostra desproporcional.

4. Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, o julgador deve observar os critérios dos arts. 33 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006.

[...]

7. Habeas corpus não conhecido (HC 296.067/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 10/05/2016).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. INTEGRAÇÃO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME INICIAL FECHADO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

I - No caso dos autos, a expressiva quantidade de drogas apreendidas - 1 kg (um quilo) aproximadamente de maconha -, além de outros elementos obtidos no decorrer das investigações, justificam o afastamento da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, eis que há indicativo, segundo a eg. Corte de origem, de que o recorrente se "dedica a atividades criminosas" (Precedentes).

II Assim, na espécie, a quantidade de entorpecente foi valorada para afastar a incidência da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Sendo desfavorável, portanto, a referida circunstância (art. 42 da Lei nº 11.343/2006), considerada a quantidade da pena imposta, revela-se correta a fixação do regime fechado para o início de cumprimento da reprimenda. (Precedentes).

Agravo Regimental desprovido (AgRg no REsp 1492143/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 26/02/2016).

Ressalto, ainda, conforme já apontado na decisão impugnada, que para se acolher a tese de que o paciente não se dedica a atividades criminosas, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em *habeas corpus*. No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. QUALIFICAÇÃO DE TESTEMUNHA MANTIDA SOB SIGILO, PERMITIDA SUA DIVULGAÇÃO APENAS AO ADVOGADO DOS ACUSADOS, JUIZ E PROMOTOR. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. CONDENAÇÃO BASEADA EM OUTRAS PROVAS, COLHIDAS SOB O CRIVÓ DO CONTRADITÓRIO. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PENA MAIOR QUE QUATRO ANOS. HABEAS CORPUS DENEGADO.

[...]

3. Inaplicável a causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006 na hipótese, na medida em que, conforme consignado pela sentença condenatória, mantida pelo acórdão de apelação impugnado, o Paciente não preenche os requisitos legais, tendo em vista se dedicar à atividade criminosa. E, não é possível, na estreita via do habeas corpus, rever a conclusão exarada pela instância ordinária, por demandar incabível reexame do conjunto fático-probatório. Precedentes.

[...]

5. Habeas corpus denegado (HC 206.142/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 23/4/2013).

No que se refere ao regime prisional, apesar do Tribunal de origem ter



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mantido o regime inicial fechado, fixado pelo Magistrado de primeiro grau, fundamentado na gravidade abstrata do delito, a quantidade de drogas foi grande, sendo considerado elemento idôneo pela jurisprudência desta Corte para justificar a imposição do regime mais gravoso, o qual deve ser suficiente à reprovação e à prevenção do delito de tráfico de drogas, exigindo uma resposta mais efetiva do Estado, notadamente por força do princípio da individualização da pena.

Nesse contexto, não evidencio ilegalidade na fixação do regime fechado, haja vista que, embora a primariedade do paciente e o *quantum* total de pena aplicado (5 anos de reclusão), permitem, em tese, a fixação do regime semiaberto, a quantidade das drogas apreendidas justifica a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso o fechado, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/06. Confira-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA FIGURA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. INVIABILIDADE. INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS ESTABELECEM QUE O PACIENTE DEDICA-SE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. REFERÊNCIAS À HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. REGIME MAIS GRAVOSO MANTIDO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE ENSEJAM A NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- Esta Corte Superior tem decidido que a quantidade, a variedade e a nocividade da droga, bem como as circunstâncias nas quais foi apreendida, evidenciam a dedicação do réu à atividade criminosa e, em decorrência, podem embasar o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- Hipótese em que não foi reconhecida a figura do tráfico privilegiado pelas instâncias ordinárias com base na quantidade e variedade das drogas apreendidas (11 trouxinhas de maconha, 7 de crack e 27 invólucros de cocaína) e das circunstâncias em que o delito ocorreu, as quais indicam que o paciente dedicava-se a atividades criminosas. Modificar tal conclusão requer o revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus.

[...]

- O regime de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena comporta pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.

- No caso, devem ser afastadas as referências feitas, na sentença e no acórdão recorridos, à hediondez do delito de tráfico como fundamentação para a fixação do regime mais gravoso. Todavia, é de ser mantido o regime fechado, pois há circunstância concreta que recomenda o regime mais gravoso, qual seja, a quantidade, a variedade e a nocividade das drogas apreendidas, tanto que não foi reconhecida a figura do tráfico privilegiado, de modo que deve ser mantido o regime fechado 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. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido (HC 290.729/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 15/04/2016).

No tocante à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o agravante não preenche os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, em virtude do *quantum* da pena fixada (5 anos de reclusão).

Ante o exposto, voto pelo desprovimento do agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0300013-0 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no**
HC 378.844 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00000137520148260594 137520148260594 20160000585514

EM MESA

JULGADO: 14/02/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PRISCILA DOMICIANO DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WASHINGTON COSTA (PRESO)

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : WASHINGTON COSTA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
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, negou provimento ao agravo regimental."

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