



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 336.696 - SP (2015/0238428-0)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MÁRCIA REGINA GARUTTI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXANDRE COSME SERRANO TOLENTINO (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (SEMIABERTO). NÃO SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTO CONCRETO. POSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.
2. A natureza e a quantidade da droga apreendida (50 gramas de cocaína) são fundamentos suficientes para fixação do regime mais gravoso e para o indeferimento de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Precedentes.
3. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro.

Brasília, 07 de abril de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 336.696 - SP (2015/0238428-0)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MÁRCIA REGINA GARUTTI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXANDRE COSME SERRANO TOLENTINO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de ALEXANDRE COSME SERRANO TOLENTINO, em face de acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso nas sanções do art. 33, da Lei 11.343/06, a 1 anos e 8 meses de reclusão, em regime semiaberto, e 166 dias-multa.

Interposta apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso, em acórdão assim ementado (fl. 34):

Apelação Criminal - TRÁFICO DE ENTORPECENTE. Conjunto probatório suficiente para a manutenção da condenação. Confissão. Depoimentos de testemunhas. Necessidade de prestigiar o testemunho dos agentes públicos, mormente quando não há razão para infirmá-lo. Pena fixada no mínimo. Aplicação máxima do redutor previsto no § 4º, do art. 33, da Lei Antidrogas. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Impossibilidade. Regime inicial aberto. Inadequado. Circunstâncias concretas do delito que impedem a concessão da benesse. Detração penal. Inaplicabilidade.

Negado provimento ao apelo.

Insurge-se a impetrante contra a fixação do regime inicial mais gravoso, por ausência de fundamentação ou por falta de aplicação do art. 387, § 2º, do CPP, e contra o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade.

Sustenta que a lei não estabeleceu critérios objetivos para orientar o julgador no momento da redução/conversão da pena, de maneira que, data venia, não se pode criar critérios restritivos de um direito sem que expressamente a lei o preveja, como fez a Colenda Câmara ao negar a conversão da pena devido à quantidade de entorpecentes (fl. 4).

Assevera que o paciente é primário, como já acentuado, não havendo circunstâncias judiciais que lhe sejam desfavoráveis. No mais, trata-se de crime cometido sem violência ou grave ameaça, sendo perfeitamente cabível a citada substituição (fl. 6).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pontua que *mesmo o paciente tendo sido condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, inferior a quatro anos, fazendo jus à incidência do regime aberto, foi fixado regime mais gravoso sem embasamento legal idôneo* (fl. 8).

Afirma que *a quantidade do entorpecente apreendido seria impeditivo da concessão do benefício, pois o art. 42 da Lei 11.343/06 é vetor apenas para a dosimetria da pena, não podendo ser usado para a fixação de regime prisional* (fl. 10).

Por fim, pede a aplicação do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, afirmando que *não cabe ao juiz do conhecimento o exame de requisitos subjetivos para eventual progressão porque não se trata de concessão deste benefício da execução da pena, senão de ajuste do tempo de pena já cumprido e cujo desconto apenas será antecipado* (fl. 13).

A liminar foi indeferida à fl. 44.

As informações foram prestadas às fls. 54/71 e 74/89.

O Ministério Público Federal se manifestou, às fls. 93/99, *pela pela inadmissibilidade do habeas corpus, e, no mérito, pela concessão parcial da ordem.*

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 336.696 - SP (2015/0238428-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

O presente *habeas corpus* foi impetrado em substituição a recurso especial, previsto no art. 105, III, da Constituição Federal.

Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal (HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/8/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/8/2012), assim alinhando-se a precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC 104.045/RJ, Rel. Ministra ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA DJe de 6/9/2012).

Nada impede, contudo, que, de ofício, constate a Corte Superior a existência de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia, o que ora passo a examinar.

Compulsando os autos, verifica-se que o paciente foi condenado como incurso nas sanções do art. 33, da Lei 11.343/06, a 1 anos e 8 meses de reclusão, em regime semiaberto, e 166 dias-multa.

Insurge-se o impetrante, em suma, contra o regime inicial fixado na sentença e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade.

Por oportuno, trago à colação os seguintes excertos da sentença e do acórdão que a confirmou:

Tendo em vista que o réu é primário e atestou boa conduta ao confessar a prática do crime tanto na delegacia quanto em juízo, bem como diante da quantidade de entorpecentes encontrada com o réu e das circunstâncias em que o crime foi cometido, deixo de fixar o regime fechado - adequado para punir crime de tamanha gravidade e que tanto malefício causa à sociedade - fixando o regime semiaberto como regime inicial de cumprimento da pena.

Inviável a fixação do regime aberto, em função da hediondez e extrema gravidade do crime, graças ao malefício que acarreta à sociedade.

Pelos mesmos motivos, deixo de aplicar a substituição referida no art. 44, do Código Penal, medida que não se mostra socialmente recomendável, nem suficiente para a reprovação e prevenção do delito praticado. Anoto, por fim, que o art. 44 da Lei 11.343/06 vedou expressamente a possibilidade da substituição (sentença, fls. 21/22).

Cinge-se o recurso defensivo quanto à possibilidade de fixação de regime prisional mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A pena-base foi estabelecida no mínimo legal, o que impediu, na segunda fase, a atenuação da pena pela menoridade relativa e confissão (súmula 231, do Superior Tribunal de Justiça).

Na terceira fase a pena foi reduzida pelo parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006 no grau máximo, o que tornou definitiva a reprimenda em um ano e oito meses de reclusão, mais o pagamento de cento e sessenta e seis dias-multa.

As circunstâncias concretas do delito, expressadas na potencialidade da droga apreendida - quase cinqüenta gramas de cocaína, destinada a atingir um número significativo de usuários, disseminando expressivamente o vício na sociedade, desautoriza a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Assim, mesmo ciente da edição da Resolução n. 5, do Senado Federal, suspendendo a eficácia da restrição legal à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e das decisões proferidas pelos Tribunais Superiores em controle difuso, tenho que o apelante não preenche os requisitos legais para a benesse.

Do mesmo modo, não é cabível a fixação do regime prisional aberto. Ao revés, entendo ser o regime inicial fechado o adequado aos condenados por tráfico de drogas em razão da vigência da Lei nº 11.464/2007, que modificou o parágrafo Iº, do artigo 2º, da Lei dos Crimes Hediondos. Merece consideração, ainda, a gravidade concreta da conduta, haja vista a considerável quantidade de porções de cocaína apreendidas com o réu, no caso, cinqüenta e quatro invólucros.

Entretanto, dada a ausência de recurso ministerial, mantenho o regime intermediário fixado.

Note-se que entendo perfeitamente possível sopesar referidas circunstâncias judiciais desfavoráveis no momento de fixação do regime prisional, ainda que não tenham sido usadas para majorar a pena-base, pois integrantes da conduta.

Por fim, quanto à aplicação do artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, anoto que a inovação legislativa não se confunde com progressão de regime prisional, tratando-se apenas de reconhecimento da competência do juiz do processo para aplicar a detração penal, antes reservada exclusivamente ao Juízo da Execução (artigo 66, inc. III, alínea c, LEP).

Assim, após fixada a reprimenda em conformidade com o sistema trifásico (artigo 68, do Código Penal), o magistrado, em momento anterior a fixação do regime prisional, poderá, se possuir elementos suficientes acerca da situação carcerária do réu, aplicar a detração e excluir da pena total imposta o período de prisão cautelar.

Realizada a operação, meramente aritmética, o juiz do processo de conhecimento fixará o regime prisional mais adequado para início do resgate da reprimenda, atentando-se principalmente para o previsto nos §§ 2º e 3º, do artigo 33, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Deste modo, o dispositivo em comento não se trata de progressão de regime. Apenas antecipa a detração penal para o momento da prolação da sentença penal condenatória, evitando-se, assim, a imposição de regime prisional mais grave ao sentenciado que já cumpriu parte relevante da reprimenda cautelarmente.

Na espécie, o resgate da pena em prisão cautelar em nada modificaria o regime prisional.

Isto porque, analisada apenas a quantidade de pena imposta ao réu, no caso, um ano e oito meses, independentemente do resgate da pena provisória o regime hipoteticamente adequado seria o aberto (§ 2º, do artigo 33, do Código Penal), mas considerando o crime praticado, tráfico de drogas, bem como as circunstâncias judiciais acima apontadas, o regime mais brando não se mostra cabível.

Posto isto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso (acórdão, fls. 35/38).

Na espécie, como visto, denota-se que o acórdão impugnado traz fundamento concreto para o regime mais gravoso - semiaberto -, consistente nas *circunstâncias concretas do delito, expressadas na potencialidade da droga apreendida - quase cinquenta gramas de cocaína, destinada a atingir um número significativo de usuários, disseminando expressivamente o vício na sociedade* (fl. 36), o mesmo sucedendo relativamente à substituição das penas, indeferida nos mesmos moldes.

Com efeito, nos termos do entendimento firmado pelo STJ, a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar tanto a imposição do regime mais severo, quanto o indeferimento da substituição das penas, inexistindo, portanto, ilegalidade a ser sanada.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA E GRANDE QUANTIDADE DA DROGA. ACÓRDÃO RECORRIDO EM DESCONFORMIDADE COM A ATUAL JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- "A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça considera legítimo o indeferimento da substituição de pena prevista no artigo 44 do Código Penal lastreado na natureza e na quantidade das drogas apreendidas" (HC 268.821/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, Rel. p/ acórdão Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe de 10.2.2014).

Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp 684.258/MT, Rel. Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2015, DJe 19/08/2015).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA (34kg DE MACONHA). APLICAÇÃO DO REDUTOR EM PATAMAR DIVERSO DO MÁXIMO. IMPOSIÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A quantidade e qualidade da droga apreendida podem, em análise conjunta com os demais elementos constantes do processo criminal, interferir na escolha do percentual de redução pela causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, assim como na fixação do regime prisional e na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

2. Na hipótese dos autos, diante da expressiva quantidade de droga apreendida - 34kg (trinta e quatro quilos) de maconha -, a decisão agravada restabeleceu a sentença condenatória que fixou o patamar de 1/2 (metade) para aplicação da causa de diminuição de pena, bem como estabeleceu o regime prisional mais gravoso e indeferiu o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

3. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp 1376334/PR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2014, DJe 29/08/2014).

Por fim, quanto ao pleito de detração da pena, para fixação de regime inicial, nos termos do § 2º do art. 387, do CPP, verifica-se que a fixação do regime inicial não se deu pelo *quantum* da pena aplicada, mas pela concreta motivação na quantidade da droga, de modo que a detração, ainda que efetivada e a pena reduzida, não levaria à alteração do regime.

Com efeito, o *quantum*, por si só, ainda que não operada a detração, indicaria o regime aberto. Mas há, no acórdão, fundamento remanescente que, como visto, é legítimo, não só pelo contido no art. 42, da Lei 12.363/2006, como também pela jurisprudência pacífica desta Corte, de modo que não há que se falar, no caso, em aplicação do art. 387, § 2º, do CPP.

Ante o exposto, voto por não conhecer do *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0238428-0

HC 336.696 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00953853420148260050 953853420148260050

EM MESA

JULGADO: 07/04/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MÁRCIA REGINA GARUTTI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXANDRE COSME SERRANO TOLENTINO (PRESO)

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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro.