



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 330.196 - SP (2015/0169771-8)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ISABELA VELOSO MONREAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DANIEL DE SANTANA ALENCAR

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. PRESENÇA DE INDICATIVOS NOS AUTOS DE DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REVISÃO. VIA IMPRÓPRIA. IMPOSIÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO PELA NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. (96,9 GRAMAS DE COCAÍNA E 13,2 GRAMAS DE CRACK). POSSIBILIDADE. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

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. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a quantidade e a natureza da droga podem justificar a não aplicação da minorante prevista no art. 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando demonstrarem a dedicação à atividade criminosa. Precedentes.
3. Evidenciado que a aplicação do benefício foi afastado em virtude das circunstâncias do caso – em especial, a quantidade e a qualidade das drogas –, as quais evidenciariam o não preenchimento dos requisitos legais, por se tratar de réu *inserido em atividade criminosa, efetivamente comprometido com o tráfico e que faz do comércio de drogas o seu meio de vida*, inexistente constrangimento ilegal a ser sanado, sendo que a pretendida revisão do julgado implicaria o reexame do material cognitivo produzido nos autos, insuscetível de ser realizada na estreita via do *habeas corpus*. Precedentes.
4. Nos termos do entendimento firmado pelo STJ, a natureza, a quantidade e a variedade da substância entorpecente constituem fundamento idôneo para justificar a fixação de regime penal mais gravoso. Precedentes.
5. Prejudicada a análise do pleito de substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, diante do *quantum* de pena fixado, superior a 4 anos de reclusão, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.
6. *Habeas corpus* não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 05 de novembro de 2015(Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 330.196 - SP (2015/0169771-8)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ISABELA VELOSO MONREAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DANIEL DE SANTANA ALENCAR

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 DANIEL DE SANTANA ALENCAR contra acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Consta dos autos que o paciente foi condenado às penas de 2 anos e 11 meses de reclusão em regime fechado e 291 dias-multa, como incurso no art. 33, § 4º, c/c o art. 40, VI, ambos da Lei n. 11.343/2006.

Interposta apelação, foi dado parcial provimento ao recurso ministerial para afastar a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, aumentando-se as penas para 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa.

Alega o impetrante, em suma, constrangimento ilegal na medida em que o paciente faz jus à minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, porquanto preenche todos os requisitos legais, inexistindo provas em sentido contrário.

Sustenta que a quantidade e a natureza da droga apreendida, por si sós, não se prestam ao afastamento da mencionada benesse. Aduz, ainda, que o paciente também tem direito ao regime aberto, bem como à substituição das penas, em se considerando, inclusive, a quantidade de pena estabelecida.

Requer, assim, por fim, a aplicação do redutor contido no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas no máximo legal e, conseqüentemente, a fixação do regime inicial aberto, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Subsidiariamente, pede a fixação do regime semiaberto.

Foram prestadas as informações às fls. 84/98.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 103/110 pelo não conhecimento do *writ* e, no mérito, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 330.196 - SP (2015/0169771-8)

VOTO

O EXMO SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

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 22/08/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/08/2012), assim alinhando-se a precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC 104.045/RJ, Rel. Ministra Rosa Weber, PRIMEIRA TURMA DJe de 06/09/2012).

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.

O paciente foi condenado pela prática de tráfico de drogas, nos seguintes termos:

Mister se faz a formalização do decreto condenatório e a imposição da pena correspondente. Na fase do artigo 59 do Código Penal fixo a pena-base no patamar mínimo, ou seja, em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. A confissão informal perante os PMs não tem o condão de reduzir a reprimenda abaixo do patamar mínimo já fixado. Considerando que a prática do delito envolvia adolescente, concluo pela prevalência da causa de aumento de pena do inc. VI, do art. 40, da Lei de Drogas e aumento a sanção em 1/6 (um sexto), o que perfaz 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 dias-multa. Tratando-se da primeira condenação do réu por tráfico de drogas, aplico em seu favor o disposto no § 4º, do art. 33, da Lei nº. 11.343/06. No entanto, dada a quantidade de invólucros plásticos contendo cocaína, além do "modus operandi" a revelar recalitrância no delito, reduzo a pena em metade, o que perfaz, em definitivo, 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão e 291 (duzentos e noventa e um) dias-multa, no piso. A extrema nocividade da ação contínua do réu no tráfico ilícito de entorpecentes e a quantidade da droga apreendida, bem justificam a aplicação da menor redução, havendo que se considerar, na hipótese vertente, o elevado risco impingido à Saúde Pública. Isto posto, CONDENO o réu DANIEL DE SANTANA ALENCAR, RG/SP 71.154.442, ao cumprimento de 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, além do pagamento de 291 (duzentos e noventa e um) dias-multa, cada qual no valor unitário mínimo, dando-o como incurso no artigo 33, § 4º, c.c. artigo 40, inciso VI, ambos da Lei nº. 11.343/06. O tráfico ilícito de drogas é crime equiparado aos hediondos, sendo vedada a aplicação dos substitutivos penais (CP, art. 44), do "sursis" ou de benesses correlatas. Deverá o sentenciado iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime fechado, consoante norma cogente do artigo 2º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.072/90 (com redação dada pela Lei nº 11.464, de 28 de março de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2007) (fls. 31/32 - sentença).

Ainda nesta fase, contudo, deve ser afastado o benefício previsto no artigo § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, como pleiteado pelo d. membro do Parquet, porquanto as circunstâncias do caso em comento, em especial a quantidade e variedade da droga apreendida, constituem indícios sérios de envolvimento com a criminalidade. De fato, comprovada pelas provas dos autos a dedicação do réu à atividade criminosa, tendo em vista, principalmente, as circunstâncias da prisão e a significativa quantidade de droga apreendida - 96,9g de "cocaína" e de 13,2g de "crack" - entorpecentes de maior incidência, atualmente, causadores de dependência rápida e danos irreversíveis, resta inviabilizado o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06. Ora, a benesse em questão tem por objetivo favorecer somente o traficante eventual, de "primeira viagem", e não aquele que está inserido em atividade criminosa, efetivamente comprometido com o tráfico e que faz do comércio de drogas o seu meio de vida, como, certamente, é o caso do acusado Daniel, que trazia consigo, para fins de tráfico, elevada quantidade e variedade de droga. Registre-se, ademais, por oportuno, que na aplicação do preceito o Juiz deve levar em conta, também, a culpabilidade do agente e as circunstâncias do delito, sem o que estará violando o princípio da individualização da pena, e no caso vertente o acusado, conquanto primário, indiscutivelmente, demonstra acentuada periculosidade. Vale considerar, ainda, que a pena do tipo é a que consta do artigo 33, caput, sendo a figura do § 4º de aplicação excepcional, por técnica legislativa e política criminal, que, como já acentuado, não tem aplicação na espécie dos autos.

Nessa quadra de considerações, ficam as penas do réu redimensionadas em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Por outro lado, a despeito da atual orientação jurisprudencial acerca da possibilidade de substituição da pena no crime de tráfico de drogas, anoto que no caso em foco a quantidade de pena agora aplicada impede a concessão do benefício, ausente o requisito objetivo previsto no art. 44,1, do Código Penal.

Acertado também se mostra o regime inicial fechado, bem justificado no decisum, sendo oportuno acrescentar que as circunstâncias do caso concreto não recomendam a fixação de regime prisional menos rigoroso, que não seria suficiente para a correta reprovação e prevenção do delito praticado pelo réu. A propósito, consoante orientação do C. Superior Tribunal de Justiça, "(...) a verificação do regime inicial de cumprimento da pena e a possibilidade de substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos demandam a verificação da quantidade e natureza da droga apreendida em poder do acusado (art. 42 da Lei n. 11.343/2006)" (HC nº

193.057/SP, Relator o eminente Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

29/9/2011).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso defensivo e dou provimento ao apelo ministerial para afastar a causa de diminuição prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, redimensionando a pena do réu Daniel de Santana Alencar, qualificado nos autos, para 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, mantida, no mais, a r. sentença monocrática. (fls. 60/62 - acórdão).

Como é consabido, via de regra, não se presta o remédio heróico à revisão da dosimetria das penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias. Contudo, a jurisprudência desta Corte admite, em caráter excepcional, o reexame da aplicação das penas, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68, do Código Penal, sob o aspecto da ilegalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica. Nesse sentido: HC n. 252.449/DF – 6ª T. – unânime – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – DJe 9/6/2014; HC n. 152.775/PR – 5ª T. – unânime – Rel. Min. Jorge Mussi – DJe 1/9/2011.

Como visto, foi o paciente condenado pela prática de tráfico de drogas às penas de 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, tendo sido negada a aplicação da minorante inserta no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, nos termos seguintes:

Ainda nesta fase, contudo, deve ser afastado o benefício previsto no artigo § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, como pleiteado pelo d. membro do Parquet, porquanto as circunstâncias do caso em comento, em especial a quantidade e variedade da droga apreendida, constituem indícios sérios de envolvimento com a criminalidade. De fato, comprovada pelas provas dos autos a dedicação do réu à atividade criminosa, tendo em vista, principalmente, as circunstâncias da prisão e a significativa quantidade de droga apreendida - 96,9g de "cocaína" e de 13,2g de "crack" - entorpecentes de maior incidência, atualmente, causadores de dependência rápida e danos irreversíveis, resta inviabilizado o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06. Ora, a benesse em questão tem por objetivo favorecer somente o traficante eventual, de "primeira viagem", e não aquele que está inserido em atividade criminosa, efetivamente comprometido com o tráfico e que faz do comércio de drogas o seu meio de vida, como, certamente, é o caso do acusado Daniel, que trazia consigo, para fins de tráfico, elevada quantidade e variedade de droga. Registre-se, ademais, por oportuno, que na aplicação do preceito o Juiz deve levar em conta, também, a culpabilidade do agente e as circunstâncias do delito, sem o que estará violando o princípio da individualização da pena, e no caso vertente o acusado, conquanto primário, indiscutivelmente, demonstra acentuada periculosidade. Vale considerar, ainda, que a pena do tipo é a que consta do artigo 33, caput, sendo a figura do § 4º de aplicação excepcional, por técnica legislativa e política criminal, que, como já acentuado, não tem aplicação na espécie dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

autos.

Nessa quadra de considerações, ficam as penas do réu redimensionadas em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

De início, cumpre esclarecer que é pacífico o entendimento nesta Corte Superior de que a quantidade e/ou a natureza da droga **podem** justificar a não aplicação da minorante prevista no art. 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando evidenciarem a dedicação à atividade criminosa.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. RECURSO NÃO PROVIDO.

*1. Este Superior Tribunal firmou a orientação de que a apreensão de grande quantidade de drogas, **a depender das peculiaridades do caso concreto**, é hábil a denotar a dedicação do acusado a atividades criminosas e, conseqüentemente, a impedir a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, porque indica maior envolvimento do agente com o mundo das drogas.*

2. Não obstante a acusada seja tecnicamente primária e possuidora de bons antecedentes, as circunstâncias do caso concreto - notadamente, a natureza, a diversidade e a elevada quantidade de drogas apreendidas (2.146,0 g de cocaína e de 1.590,0 g de crack) - levam a crer que a recorrida se dedicava a atividades delituosas, especialmente ao narcotráfico, porquanto evidente que não se trata de traficante ocasional.

3. A conclusão pelo afastamento da causa especial de diminuição não demanda o revolvimento de matéria fático-probatória, procedimento que, de fato, é obstado pela Súmula n. 7 deste Superior Tribunal. O caso em análise, diversamente, demanda apenas a reavaliação de fatos incontroversos que já estão delineados nos autos e das provas que já foram devidamente colhidas ao longo de toda a instrução probatória, bem como a discussão, meramente jurídica, acerca da interpretação a ser dada ao artigo de lei apontado como violado.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1442055/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2015, DJe 18/08/2015 - grifos).

É exatamente o que ocorre na espécie, em que o Tribunal de origem negou a aplicação do benefício em virtude das circunstâncias do caso – em especial, a quantidade e a qualidade das drogas –, as quais evidenciariam o não preenchimento dos requisitos legais, concluindo tratar-se de réu *inserido em atividade criminosa, efetivamente comprometido com o tráfico e que faz do comércio de drogas o seu meio de vida* (fl. 93), sendo que a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pretendida revisão do julgado implicaria o reexame do material cognitivo produzido nos autos, insuscetível de ser realizada na estreita via do *habeas corpus*.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. AFASTAMENTO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPETRAÇÃO. VIA IMPRÓPRIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO E SUBSTITUIÇÃO DE PENA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. *É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.*

2. *O enfrentamento de teses jurídicas na via restrita pressupõe que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória.*

3. *O parágrafo 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa.*

4. *Fixado na sentença condenatória e no acórdão da apelação, com base nos fatos, que o paciente se dedica a atividades criminosas (...situação em que nada se identifica com a pessoa do Réu, o qual, em caráter de habitualidade, por dispor de expressiva quantidade de drogas, em antro da traficância, expõe evidências no sentido de integrar organização criminosa espúria, dedicando-se, profissionalmente, ao tráfico de drogas, circunstância que evidencia seu enraizamento irresgatável ao submundo do crime...) é inviável o reconhecimento da minorante, pois não atende aos requisitos previstos na lei, conclusão que não pode ser alterada na via eleita, por demandar revolvimento fático-probatório.*

5. *Regime de cumprimento e substituição de pena, matérias que não foram decididas pelo Tribunal de origem, o que denota a incompetência deste Sodalício para analisar tais matérias, sob pena de indevida supressão de instância.*

6. *Embora esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entenda possível, em tese, a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, no caso concreto, essa benesse não se mostra razoável, até porque, mantido o quantum da pena, maior de 4 anos, o pleito é descabido.*

7. *É que apreendida grande quantidade de droga que atrai a*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incidência dos ditames norteadores do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, no sentido de que o juiz "na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

8. *Condenado à pena de 5 anos de reclusão por tráfico de 13g de cloridrato de cocaína, acondicionados em 62 pequenos invólucros, correta a fixação do regime mais gravoso, o fechado.*

9. *Habeas corpus não conhecido (HC 192.828/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 01/08/2013).*

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. TESE DE FALTA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. VIA IMPRÓPRIA. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. INAPLICABILIDADE NO CASO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. INVERSÃO DO JULGADO. VIA INADEQUADA.

1. *O exame da tese de falta de provas para sustentar a condenação demanda, inevitavelmente, profundo reexame do material cognitivo produzido nos autos, o que, como é sabido, não se coaduna com a via estreita do writ, sobretudo se a instância ordinária, soberana na análise fático-probatória, restou convicta sobre a existência do crime e sua respectiva autoria.*

2. *Não preenchidos os requisitos legais, conforme atestou o acórdão impugnado, o qual, de acordo com a prova produzida nos autos, afirmou tratar-se de réu que se dedicava às atividades criminosas, havendo indícios, inclusive, de que integrava organização criminosa, não faz jus o Paciente à aplicação da minorante inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/06.*

3. *Ademais, a via eleita é imprópria para o afastamento do entendimento adotado pela instância ordinária, em face da incabível dilação probatória que se faria necessária para reconhecer a presença dos requisitos subjetivos exigidos.*

4. *Ordem denegada (HC 158.918/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 14/02/2012, DJe 28/02/2012).*

Em seguida, pugna o impetrante pela fixação do regime menos gravoso.

É bem verdade que a previsão legal que determinava a aplicação do regime fechado como inicial para o cumprimento da pena reclusiva foi declarada inconstitucional, *incidenter tantum*, pelo Plenário do STF no julgamento do HC n. 111.840/ES (Rel. Min. DIAS TOFFOLI), sendo, a partir de então, afastada a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado, aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, tendo lá ficado consignado que as regras do art. 33 do CP deveriam ser utilizadas também na fixação do regime prisional inicial dos crimes hediondos e equiparados.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Entretanto, na espécie, verifica-se que foi fixado o regime prisional fechado com base nos seguintes fundamentos, *in verbis*:

Acertado também se mostra o regime inicial fechado, bem justificado no decisum, sendo oportuno acrescentar que as circunstâncias do caso concreto não recomendam a fixação de regime prisional menos rigoroso, que não seria suficiente para a correta reprovação e prevenção do delito praticado pelo réu. A propósito, consoante orientação do C. Superior Tribunal de Justiça, "(...) a verificação do regime inicial de cumprimento da pena e a possibilidade de substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos demandam a verificação da quantidade e natureza da droga apreendida em poder do acusado (art. 42 da Lei n. 11.343/2006) (HC nº 193.057/SP, Relator o eminente Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe de 29/9/2011) (fls. 61).

Como visto, o regime prisional imposto, no caso o fechado, mais gravoso, foi mantido pelo Tribunal de origem ao fundamento de que o regime inicial menos gravoso não seria suficiente para a correta reprovação e prevenção do delito praticado pelo réu, tendo em vista a aplicação do entendimento de que a quantidade ou a natureza da droga apreendida em poder do acusado devem ser verificadas no momento da fixação do regime inicial de cumprimento da pena.

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

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. (I) - TESE JURÍDICA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 211/STJ, 282/STF E 356/STF. (II) - DISPOSITIVO DE LEI QUE NÃO AMPARA A PRETENSÃO RECURSAL. CONTRARIEDADE AOS ARTS. 1º DO CP, E 40, I, DA LEI Nº 11.343/06. AUSÊNCIA DE RAZÕES JURÍDICAS DA VULNERAÇÃO. APELO ESPECIAL COM FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. OFENSA AOS ARTS. 59 DO CP, E 42 DA LEI Nº 11.343/06. (I) - DOSIMETRIA. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. (II) - FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. POSSIBILIDADE. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 33, § 2º, DO CP. TRÁFICO DE DROGAS. MANUTENÇÃO DO REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ADEQUABILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO DE ACORDO COM O ENTENDIMENTO DO STJ. SÚMULA 83/STJ. AFRONTA AO ART. 5º, XXXIX, DA CF. MATÉRIA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONSTITUCIONAL. NÃO CABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

[...]

3. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a adequada pena-base a ser aplicada ao réu. Incidência da Súmula 7 deste Tribunal.

4. A jurisprudência deste STJ é pacífica no sentido de que não há violação ao artigo 59 do Código Penal, nem tampouco ao artigo 42 da Lei de Drogas, quando o aumento da pena-base está devidamente fundamentado na natureza e na grande quantidade da droga apreendida, posto que o Juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga apreendida.

5. É assente neste Tribunal Superior o entendimento de que, ainda que o quantum da pena, em tese, autorize o semi-aberto, tendo em vista a natureza e a grande quantidade da substância entorpecente apreendida, estas não só impedem a fixação do regime menos gravoso, mas, antes de mais nada, recomendam o regime mais rigoroso, como forma de retribuição proporcional à gravidade da conduta.

6. A análise de matéria constitucional não é de competência desta Corte, mas sim do Supremo Tribunal Federal, por expressa determinação da Constituição Federal.

7. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp 1386042/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 09/06/2014).

CONSTITUCIONAL. PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE 10,6 GRAMAS DE COCAÍNA. PENA FIXADA EM 5 (CINCO) ANOS E 3 (TRÊS) MESES DE RECLUSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DE IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO (STF, HC N. 111.840). HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

03. No crime de tráfico de drogas, se o réu for primário e a pena privativa de liberdade não exceder a 8 (oito) anos, poderá ser estabelecido regime semiaberto para o seu cumprimento inicial desde que favoráveis as circunstâncias judiciais e observadas a natureza (potencial de lesividade à saúde) e a quantidade das substâncias apreendidas (Lei n. 11.343/2006, art. 42; STJ, AgRg no AREsp 202.564/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 10/02/2015; AgRg no REsp 1.462.967/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 05/02/2015).

04. Habeas corpus não conhecido. Concessão, no entanto, de ofício, para estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena privativa de liberdade (HC 321.935/MS, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC), QUINTA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 02/09/2015).

Assim, mantidos os termos do acórdão impugnado, resta prejudicada a análise do pleito de substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, visto que o *quantum* de pena fixado, superior a 4 anos de reclusão, não comporta a concessão do benefício, a teor do art. 44, I, do Código Penal.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0169771-8

HC 330.196 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00563007520138260050 10562013 563007520138260050

EM MESA

JULGADO: 05/11/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ISABELA VELOSO MONREAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DANIEL DE SANTANA ALENCAR

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

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 Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.