



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 266.420 - SP (2013/0070645-2)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : CEZAR AUGUSTO DE OLIVEIRA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. INCONFORMISMO MINISTERIAL. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO PARA FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. ADEQUAÇÃO E PROPORCIONALIDADE DA MEDIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A fixação do regime semiaberto a pena compreendida entre 4 e 8 anos a paciente primário se mostra suficiente e adequado a repressão do crime de tráfico de entorpecentes não se justificando a imposição do regime mais gravoso somente em virtude da gravidade abstrata do delito ou norma legal declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.
2. Agravo regimental improvido.

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, negar provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 266.420 - SP (2013/0070645-2)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : CEZAR AUGUSTO DE OLIVEIRA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo regimental interposto pelo *Parquet* federal, em face de decisão que concedeu em parte a ordem para fixar o regime semiaberto.

Sustenta o agravante que o regime fechado deveria ter sido mantido na medida em que o *Juízo de primeiro grau* *fixou o regime inicial fechado, adequado e necessário com base nas circunstâncias em que foi cometido o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, que indicam não ser socialmente recomendável a imposição do regime semiaberto para o paciente* (fls. 132/133).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 266.420 - SP (2013/0070645-2)

VOTO

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

Insurge-se o agravante contra a seguinte decisão:

Trata-se de habeas corpus substitutivo, impugnando acórdão que confirmou condenação criminal.

O paciente foi condenado pelo crime previsto no art. 33, Lei de Drogas, à pena de 5 anos de reclusão, em regime fechado.

Busca-se a aplicação da minorante prevista no artigo 33, § 4º da Lei de Drogas, fixação do regime aberto ou semiaberto para resgate da reprimenda corporal e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Indeferida a liminar e prestadas as informações, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo não conhecimento do habeas corpus ou, caso conhecido, pela sua denegação.

Na origem, a pena está em cumprimento em regime semiaberto por sentença proferida em 23/10/2015, estando o término da pena imposta previsto para o dia 03/04/2017 conforme informações prestadas às fls. 107/109.

É o relatório.

DECIDO.

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, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/8/2012, assim alinhando-se a precedente 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.

Não se presta o habeas corpus 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 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.

O acórdão impugnado assim tratou da matéria (fl. 20/24):

É de ter em conta que a quantidade de entorpecente apreendida é expressiva. Como se vê, o réu não é pequeno traficante. Se tal quantidade e variedade de drogas entrasse em circulação, certamente, destruiria a vida de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

muitos jovens e suas respectivas famílias.

Frise-se que o benefício previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, por sua vez, não representa direito subjetivo do acusado. O legislador, ao adotar a expressão "poderão", quis demonstrar, com todas as letras, que se trata de mera faculdade do Juiz sentenciante, que, na dosimetria da pena, tem, obrigatoriamente, de seguir a diretriz prevista no artigo 42 da referida lei, que demonstra como a pena deve ser aplicada.

Em outras palavras, se o legislador entendesse que a benesse acima mencionada era direito do réu, teria usado a palavra "deverão", oriunda do verbo "dever", que significa obrigação, necessidade, etc.

Assim, como o texto do artigo 33, § 4º, da Lei de Tóxicos, está redigido que "as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços", não há qualquer dúvida que a concessão do benefício depende do livre arbítrio do Juiz, que, como já dissemos acima, tem de levar em consideração o artigo 59, caput, do Código Penal, e também o artigo 42, da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.

Desta forma, tendo em vista a quantidade e variedade de droga, o comportamento social e a ousadia do réu, fixada a pena no mínimo legal de 05 anos de reclusão e 500 dias-multa, o mesmo não faz jus à diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Isto posto, as penas aplicadas se afiguram suficientes para a reprovação e prevenção do crime.

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em face do art. 44, inciso III, do Código Penal.

[...]

Por fim, o crime de tráfico ilícito de entorpecentes é de natureza muito grave e causa repulsa da sociedade. É equiparado a hediondo. Portanto, deve ser reprimido com severidade. O regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8072/90, com a redação dada pela Lei n. 11.464/07.

Como se vê, não foi aplicada a causa de diminuição pelo tráfico privilegiado em razão da quantidade e diversidade de drogas apreendidas em poder do paciente, tratando-se de 123 pinos de cocaína, totalizando 66,4 gramas; 20 pedras de crack, pesando 3 gramas; 27 porções de maconha, no total de 28 gramas (fls. 19).

O art. 42 da Lei Antidrogas determina 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".

Nesta senda, devidamente fundamentado a negativa da benesse com fulcro no art. 42 do Diploma Antidrogas, não há falar em constrangimento ilegal. Nesse sentido: HC 340.540/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 30/11/2015; AgRg no REsp 1.383.773/DF, Rel. Min.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe 22/05/2014.

Já em relação ao regime prisional, foi fixado o fechado com base na disposição legal que impõe tal medida.

Ocorre que, no julgamento do HC n. 111.840/ES (Rel. Min. Dias Toffoli), em que Plenário do STF afastou a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, consignou-se que as regras do art. 33 do CP deveriam ser utilizadas também na fixação do regime prisional inicial dos crimes hediondos e equiparados, daí o constrangimento ilegal.

Nesse sentido, veja-se que o § 3º do art. 33 do CP estabelece que a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código. Ou seja, exige-se fundamentação concreta para a fixação de regime inicial mais gravoso do que a pena aplicada permite, nos termos do disposto nas Súmulas 440/STJ, 718 e 719/STF. No mesmo sentido: STJ, HC 217.931/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe de 27/08/2012.

*Assim, não se justifica a imposição do regime inicial fechado, a réu primário, condenado à pena reclusiva superior à 4 anos e não excedente à 8 anos, cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal, fazendo jus o paciente ao regime **semiaberto**, em coerência com a orientação firmada na Súmula 440/STJ e, conforme dispõe o art. 33, § 2º, alínea 'c' e § 3º, do Código Penal.*

Por fim, 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, com fulcro no artigo 34, inciso XVIII do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, não conheço este habeas corpus, mas, de ofício, concedo a ordem apenas para alterar o regime prisional para o **semiaberto**.*

Não vislumbro motivo para conclusão diversa, mantendo a decisão agravada por seus próprios fundamentos.

Com efeito, ao contrário do asseverado pelo *Parquet*, a fixação do regime **semiaberto** a pena compreendida entre 4 e 8 anos a paciente primário se mostra suficiente e adequado a repressão do crime de tráfico de entorpecentes não se justificando a imposição do regime mais gravoso somente em virtude da gravidade abstrata do delito ou norma legal declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0070645-2

AgRg no
HC 266.420 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00312057720128260050 05012003120577 20130000042209 312057720128260050
5012003120577 5392012

EM MESA

JULGADO: 16/02/2017

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 : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CEZAR AUGUSTO DE OLIVEIRA (PRESO)

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : CEZAR AUGUSTO DE OLIVEIRA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, negou provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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