



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 543.908 - SP (2019/0332590-7)

RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
AGRAVANTE : MATHEUS RICARDO DE SOUZA AQUINO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : MARIA VICTORIA DE BARROS CAMPOS - SP311426
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO **HABEAS CORPUS**. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. MATÉRIA NÃO SUSCITADA NA IMPETRAÇÃO. INOVAÇÃO RECURSAL. REGIME INICIAL FECHADO. QUANTIDADE, DIVERSIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTO APTOS PARA O RECRUDESCIMENTO DO MODO INICIAL DE RESGATE DA PENA. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, **DESPROVIDO**.

I - Compulsando os autos, verifica-se que a matéria aventada nos presentes embargos, qual seja, a realização de acordo de não persecução penal, conforme dispõe o art. 28-A do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n. 13.964/2019, não foi suscitada por ocasião da impetração do **habeas corpus**, bem como no ato coator, tratando-se de inovação recursal. Na linha de orientação jurisprudencial desta Corte, mostra-se inadmissível a apreciação de teses não aventadas pela defesa na inicial do **writ**. Precedentes.

II - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

III - No que tange ao regime inicial para os delitos de tráfico de entorpecentes, o col. **Supremo Tribunal Federal**, por ocasião do julgamento do HC n. 111.840/ES, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 17/12/2013, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com redação dada pela Lei n. 11.464/07, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Seguindo tal orientação, firmou-se o entendimento nesta Corte segundo o qual o julgador deve observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, quando da fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, independente de o crime ser hediondo ou equiparado.

IV - Na hipótese em foco, a **quantidade**, a **diversidade** e a **natureza** dos entorpecentes - **19 (dezenove) invólucros plásticos contendo “cocaína”, pesando 11,7g (onze gramas e sete decigramas) e 56 (cinquenta e seis) invólucros plásticos contendo “maconha”, pesando 166,3g (cento e sessenta e seis gramas e três decigramas)**, - são elementos a ensejar a aplicação do regime fechado, o que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

está em consonância com o entendimento desta Corte, **ex vi** do art. 33, § 2º, **a**, e § 3º, do Código Penal, e art. 42, da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

Agravo regimental conhecido parcialmente e, nesta extensão, **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, conhecer parcialmente do agravo regimental e, nessa parte, negar-lhe provimento.

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

Brasília (DF), 18 de fevereiro de 2020(Data do Julgamento)

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 543.908 - SP (2019/0332590-7)

**RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**
AGRAVANTE : MATHEUS RICARDO DE SOUZA AQUINO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : MARIA VICTORIA DE BARROS CAMPOS - SP311426
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE): Trata-se de agravo regimental interposto por MATHEUS RICARDO DE SOUZA AQUINO contra decisão de fls. que não conheceu do **habeas corpus**.

Nas razões do presente inconformismo (fls. 112-118), a parte agravante alega ter direito a realização de acordo de não persecução penal, conforme dispõe o art. 28-A do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n. 13.964/2019.

Pondera que as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis, razão pela qual o regime inicial aberto deveria ter sido estabelecido.

Sustenta que a natureza e a quantidade de droga apreendida não justificam o agravamento do modo inicial de resgate de pena.

Requer a reconsideração da decisão agravada ou a submissão do inconformismo ao Órgão Colegiado.

Por manter a decisão agravada, submeto o agravo regimental à apreciação da **Quinta Turma**.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 543.908 - SP (2019/0332590-7)

RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
AGRAVANTE : MATHEUS RICARDO DE SOUZA AQUINO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : MARIA VICTORIA DE BARROS CAMPOS - SP311426
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO **HABEAS CORPUS**. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. MATÉRIA NÃO SUSCITADA NA IMPETRAÇÃO. INOVAÇÃO RECURSAL. REGIME INICIAL FECHADO. QUANTIDADE, DIVERSIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTO APTOS PARA O RECRUDESCIMENTO DO MODO INICIAL DE RESGATE DA PENA. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, **DESPROVIDO**.

I - Compulsando os autos, verifica-se que a matéria aventada nos presentes embargos, qual seja, a realização de acordo de não persecução penal, conforme dispõe o art. 28-A do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n. 13.964/2019, não foi suscitada por ocasião da impetração do **habeas corpus**, bem como no ato coator, tratando-se de inovação recursal. Na linha de orientação jurisprudencial desta Corte, mostra-se inadmissível a apreciação de teses não aventadas pela defesa na inicial do **writ**. Precedentes.

II - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

III - No que tange ao regime inicial para os delitos de tráfico de entorpecentes, o col. **Supremo Tribunal Federal**, por ocasião do julgamento do HC n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

111.840/ES (Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 17/12/2013), declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com redação dada pela Lei n. 11.464/07, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Seguindo tal orientação, firmou-se o entendimento nesta Corte segundo o qual o julgador deve observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, quando da fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, independente de o crime ser hediondo ou equiparado.

IV - Na hipótese em foco, a **quantidade**, a **diversidade** e a **natureza** dos entorpecentes - **19 (dezenove) invólucros plásticos contendo “cocaína”, pesando 11,7g (onze gramas e sete decigramas) e 56 (cinquenta e seis) invólucros plásticos contendo “maconha”, pesando 166,3g (cento e sessenta e seis gramas e três decigramas)**, - são elementos a ensejar a aplicação do regime fechado, o que está em consonância com o entendimento desta Corte, **ex vi** do art. 33, § 2º, **a**, e § 3º, do Código Penal, e art. 42, da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

Agravo regimental conhecido parcialmente e, nesta extensão, **desprovido**.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE) (Relator): Inicialmente, compulsando os autos, verifica-se que a matéria aventada nos presentes embargos, qual seja, a realização de acordo de não persecução penal, conforme dispõe o art. 28-A do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n. 13.964/2019, não foi suscitada por ocasião da impetração do **habeas corpus**, bem como no ato coator, tratando-se de inovação recursal.

Na linha de orientação jurisprudencial desta Corte, mostra-se inadmissível a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apreciação de teses não aventadas pela defesa na inicial do **writ**, consoante os seguintes precedentes deste Superior Tribunal de Justiça:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO. NÃO OCORRÊNCIA. MERA IRRESIGNAÇÃO. INOVAÇÃO RECURSAL. INVIABILIDADE. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando o provimento jurisdicional padece de ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão, nos ditames do art. 619 do Código de Processo Penal, bem como para sanar eventual erro material.

2. Na espécie, não ocorreu a alegada contradição, porquanto, de acordo com a decisão administrativa de 15/12/2014, o acusado não foi afastado do cargo de Delegado, apenas foi designado "para o exercício de atividades exclusivamente burocráticas", com o recolhimento da carteira funcional, distintivo, algemas, arma e proibição do porte de arma (e-STJ fls. 528/529).

3. Além disso, a tese de desnecessidade da prisão cautelar, em razão do suposto encerramento da instrução do processo, não foi submetida ao Tribunal de origem, tendo a defesa alegado diretamente nesta Corte, o que é vedado, sobretudo em sede de embargos de declaração, por caracterizar inovação recursal. Precedentes.

4. Embargos de declaração rejeitados" (EDcl no RHC 61.120/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 02/05/2016).

"AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA.

1. A via eleita se revela inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. REITERAÇÃO DELITIVA. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO DE ANTERIOR SENTENÇA PROFERIDA EM DESFAVOR DO AGRAVANTE. IMPOSSIBILIDADE DE AFERIR, DA ANÁLISE DA FOLHA DE ANTECEDENTES, A GRAVIDADE DOS ATOS ANTERIORES



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IMPUTADOS AO MENOR. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. *É inadmissível a apreciação, em agravo regimental, de tese que não foi alegada na inicial do remédio constitucional, pois à parte é vedado inovar quando da interposição do recurso interno, conforme jurisprudência deste Tribunal Superior. Precedentes.*

2. *Agravo regimental a que se nega provimento"* (AgRg no HC n. 245.276/MS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Felix Fischer**, DJe de 17/6/2015).

"[...] ANÁLISE DE TESE AVENTADA APENAS NO AGRAVO REGIMENTAL. INDEVIDA INOVAÇÃO RECURSAL. RECURSO IMPROVIDO.

1. *Inviável o exame de suposta violação ao princípio da presunção de inocência e à Súmula 444/STJ, porquanto tais matérias somente foram trazidas à discussão em sede de agravo regimental, providência vedada pela jurisprudência deste Tribunal Superior, por revelar nítida inovação recursal. Precedentes.*

2. *Agravo regimental improvido"* (AgRg no HC n. 309.028/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 28/5/2015, grifei).

"PENAL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE ELEVADA DE DROGA. ART. 42 DA LEI DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. PROGRESSÃO DE REGIME. MATÉRIA NÃO ARGUIDA NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. INOVAÇÃO RECURSAL.

1. *A questão relativa à progressão de regime prisional não consta nas razões da petição inicial, nem sequer foi levada tal pretensão ao Juízo da Execução, razão por que não pode ser agora examinada, sob pena de inovação recursal.*

2. *No caso em exame, o Tribunal de origem apresentou fundamentos concretos para manter o regime mais gravoso, considerando especialmente a diversidade e a quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas, além do fato de as circunstâncias judiciais serem desfavoráveis ao paciente, razão pela qual a pena-base foi fixada acima do mínimo legal. 3. Agravo regimental desprovido"* (AgRg no HC n. 308.942/MS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Gurgel de Faria**, DJe de 16/4/2015).

À vista disso, referidas circunstâncias inviabilizam, **inclusive**, a concessão da ordem de ofício, uma vez que esta Corte não pode examinar matéria, por ordem de ofício, que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não foi refutada na sua origem.

No mais, a parte agravante não trouxe qualquer argumento novo capaz de ensejar a alteração do entendimento firmado por ocasião da decisão monocrática, assim proferida:

*“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**.*

***Conforme relatado**, busca-se na presente impetração a fixação do regime inicial aberto.*

*Inicialmente, cumpre asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a “dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade” (HC n. 400.119/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/8/2017).*

*Transcrevo, a fim de delimitar a **quaestio**, os seguintes trechos do v. acórdão impugnado:*

‘E o regime inicial fechado para o início do cumprimento da pena, não merece reparo. O apelante praticou o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, que é equiparado aos hediondos. Ademais, o crime de tráfico de droga gera intranquilidade social e produz efeitos nefastos a usuários e à sociedade, responsável por grande parte dos crimes violentos que ocorrem em nosso país’(fl. 64).

*No que tange ao regime inicial para os delitos de tráfico de entorpecentes, o col. **Supremo Tribunal Federal**, por ocasião do julgamento do **HC** n. 111.840/ES (Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 17/12/2013), declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com redação dada pela Lei n. 11.464/07, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.*

Seguindo tal orientação, firmou-se o entendimento nesta Corte segundo o qual o julgador deve observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, quando



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, independente de o crime ser hediondo ou equiparado.

Além disso, segundo pacífica jurisprudência deste Tribunal, a hediondez do crime de tráfico de drogas não autoriza, por si só, a fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da pena. Nesse sentido os seguintes julgados:

'HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. CABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE NESSE PONTO. LIMINAR CONFIRMADA.

1. O fundamento usado pelas instâncias ordinárias para fixar o regime inicial fechado - caráter hediondo do crime - não se mostra suficiente para impedir a não aplicação do regime mais brando, pois não subsiste a imposição automática do regime inicial fechado de cumprimento da pena aos crimes hediondos e equiparados, devendo o magistrado observar as regras previstas no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, e fundamentar concretamente a imposição do regime inicial mais rigoroso do que o correspondente à pena aplicada.

2. Embora a Suprema Corte também tenha firmado entendimento no sentido de ser possível a substituição da pena corporal pela restritiva de direitos àqueles que praticam crimes hediondos ou equiparados, desde que preenchidos os requisitos legais, a Corte originária afastou tal possibilidade por entender que a quantidade de droga apreendida impede a outorga desse tipo de benesse.

3. Ordem expedida tão somente para alterar o regime prisional para o semiaberto, confirmando-se a liminar" (HC n. 356.012/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 23/2/2017, grifei).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. ESCOLHA DA FRAÇÃO MÍNIMA. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. ILEGALIDADE. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). FUNDAMENTO INVÁLIDO. CONSTRANGIMENTO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

[...]

3. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena diminuída, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.

4. Hipótese em que, embora o paciente seja primário, não possua maus antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa, o Tribunal de origem aplicou o redutor em seu patamar mínimo sem apresentar justificativa idônea para a escolha do quantum.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. **Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, é manifestamente ilegal a imposição do regime prisional mais severo com base, exclusivamente, no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/06/2012).**

6. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena para 1 (um) ano, e 8 (oito) meses de reclusão, no regime aberto, acrescida do pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, substituindo a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser fixada pelo Juízo da execução" (HC n. 365.093/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 14/11/2016, grifei).

Ademais, importante consignar que o excelso Supremo Tribunal Federal, em r. decisão oriunda do Tribunal Pleno, no **Habeas Corpus** n. 118.533/MS, afastou o caráter hediondo dos delitos de tráfico ilícito de entorpecentes em que incida a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, **como ocorre no presente caso**. Trago à colação a ementa do mencionado julgado, **verbis**:

"HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO: INVIABILIDADE. HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA.

1. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos.

2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa.

3. **Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90 .**

4. Ordem concedida" (HC n. 118.533/MS, **Tribunal Pleno**, Relª. Minª. **Cármen Lúcia**, DJe de 19/9/2016, grifei).

Na hipótese em foco, a **quantidade**, a **diversidade** e a **natureza** do entorpecente - **19 (dezenove) invólucros plásticos contendo “cocaína”, pesando 11,7g (onze gramas e sete decigramas) e 56 (cinquenta e seis) invólucros plásticos contendo “maconha”, pesando 166,3g (cento e sessenta e seis gramas e três decigramas)**, - são elementos a ensejar a aplicação do regime fechado, o que está em consonância com o entendimento desta Corte, **ex vi** do art. 33, § 2º, **a**, e § 3º, do Código Penal, e art. 42, da Lei n. 11.343/2006.

Sobre o tema colaciono os seguintes arestos:

'PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA AO TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE, NATUREZA E DIVERSIDADE DOS ENTORPECENTES. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA.

[...]

3. **Concluído pela instância antecedente, com fulcro na quantidade e na diversidade das substâncias apreendidas (181,6g de maconha, 18,6g de cocaína, 8,2g crack e 9 frascos de lança perfume) que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, a alteração desse entendimento - para fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. Precedentes.**

4. **Embora o paciente seja primário e pena tenha sido estabelecida em 5 anos de reclusão, o regime inicial fechado é o adequado para a reprovação do delito, tendo em vista a quantia, a variedade e a espécie das drogas apreendidas, nos exatos termos dos arts. 42 da Lei de Drogas c/c o art. 59 e 33 do Código Penal.**

[...]

6. **Habeas corpus não conhecido.**' (HC n. 488.679/SP, Quinta Turma Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 11/06/2019, grifei).

'AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE MAJORADA EM RAZÃO DA NATUREZA DA DROGA. REGIME FECHADO. CONDENAÇÃO SUPERIOR A 4 ANOS. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, porquanto, nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, a natureza e a quantidade da substância entorpecente constituem fundamento idôneo para justificar a majoração da pena-base. Precedentes.

2. Fixada pena final superior a quatro anos e presente circunstância judicial desfavorável, é lícita a fixação do regime inicial fechado, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006 c/c os arts. 59 e 33, § 3º, ambos do Código Penal. Precedentes.

3. **Agravo regimental improvido**' (AgRg no HC n. 380.021/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 22/3/2017 - grifei).

'HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E FAVORECIMENTO REAL. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. VARIEDADE DE DROGAS APREENDIDAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL INTERMEDIÁRIO. ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL - CP E ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. HABEAS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. Sedimentou-se, nesta Corte Superior, o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º, do Código Penal - CP em conjunto com o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga. **In casu, embora a primariedade da paciente e o quantum de pena aplicado, inferior a 4 anos, permitem, em tese, a fixação do regime aberto, a variedade de drogas apreendidas - 13,15g de cocaína (38 porções), 0,64g de crack (6 porções) e 5,92g de maconha - justifica a imposição de regime prisional mais gravoso, que no caso é o semiaberto, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do CP e art. 42 da Lei n. 11.343/06, bem como em consonância com esta Quinta Turma.**

3. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a gravidade concreta, evidenciada pela natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos, constitui elemento indicativo de que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não seja suficiente para a prevenção e repressão do delito no caso concreto. *Precedentes.*

4. **Habeas corpus** não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto' (HC n. 458.709/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik**, DJe 16/11/2018, grifei).

Diante de tais considerações, portanto, não se vislumbra a existência de qualquer flagrante ilegalidade passível de ser sanada pela concessão da ordem de ofício.

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

P. e I."

A toda evidência, o **decisum** agravado, ao confirmar o regime inicial fechado, rechaçou as pretensões da defesa por meio de judiciosos argumentos, os quais encontram amparo na jurisprudência deste Sodalício.

Ante o exposto, conheço parcialmente do agravo regimental e, nesta extensão, **nego-lhe provimento.**

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0332590-7 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no HC 543.908 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00687479020168260050 20190000869577 687479020168260050

EM MESA

JULGADO: 18/02/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : MARIA VICTORIA DE BARROS CAMPOS - SP311426
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MATHEUS RICARDO DE SOUZA AQUINO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 : MATHEUS RICARDO DE SOUZA AQUINO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : MARIA VICTORIA DE BARROS CAMPOS - SP311426
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : 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, conheceu parcialmente do agravo regimental e, nessa parte, negou-lhe provimento."

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