



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 231.126 - SP (2012/0009871-1)

RELATORA : MINISTRA ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE)
IMPETRANTE : RODRIGO CÉSAR JERONYMO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXANDRE APARECIDO POLLI (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA ORDEM EX OFFICIO. REGIME INICIAL FECHADO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA. MOTIVAÇÃO AMPARADA EM ELEMENTOS CONCRETOS. ANTECEDENTES CRIMINAIS. ENVOLVIMENTO DE ADOLESCENTES NO CRIME. QUANTIDADE E NOCIVIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA.

1. Na esteira dos recentes precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior de Justiça, é incabível o *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário.
2. As hipóteses de cabimento do *writ* são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso cabível. Precedentes.
3. A inadequação da via eleita, contudo, não desobriga este Tribunal Superior de, *ex officio*, fazer cessar manifesta ilegalidade que importe no cerceamento do direito de ir e vir do paciente.
4. Fundamentada a decisão ora impetrada na presença de antecedentes criminais, no envolvimento de menores no crime, bem como na grande quantidade de drogas apreendida (49 tubetes de *crack*), resta cabalmente afastado o constrangimento ilegal alegado, uma vez que cada um desses motivos, na esteira da jurisprudência consolidada no âmbito desta Corte, se mostram adequados e suficientes para justificar a fixação, pelo julgador, do regime prisional fechado para o início do cumprimento da pena.
5. Não há falar em manifesta ilegalidade, quando devidamente apontados os motivos ensejadores da preservação da prisão cautelar, notadamente para a garantia da ordem pública, uma vez que as instâncias ordinárias destacaram a prática do comércio ilícito de entorpecentes com o envolvimento de menores (adolescentes), a grande quantidade e a nocividade devastadora da droga apreendida e, ainda, a presença de antecedentes criminais, circunstâncias que demonstram a especial gravidade da conduta e a periculosidade concreta do sentenciado, tudo a justificar a medida constritiva.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Habeas Corpus não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Assusete Magalhães votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 19 de novembro de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRA ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE)
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 231.126 - SP (2012/0009871-1)

**RELATORA : MINISTRA ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE)**
IMPETRANTE : RODRIGO CÉSAR JERONYMO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXANDRE APARECIDO POLLI (PRESO)

RELATÓRIO

**MINISTRA ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE) (Relator):** Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em favor de ALEXANDRE APARECIDO POLLI, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n.º 0240039-75.2011.8.26.0000 nos autos da Ação Penal n.º 309.01.2011.008148-9).

O paciente foi condenado pela prática do crime tipificado no art. 33 da Lei 11.343/2006 à pena-base de 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. Não houve o reconhecimento de atenuantes ou agravantes genéricas, tendo a reprimenda sido aumentada em 1/6 (um sexto) em razão da causa especial de aumento prevista no art. 40, VI, e reduzida em grau médio (1/2) - observado o envolvimento de adolescentes e a potencialidade nociva da droga-, em função da causa especial de diminuição estipulada no art. 33, §4º, do sobredito diploma legal, resultando na pena final de 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, mais 291 (duzentos e noventa e um) dias-multa, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, sendo-lhe negado o direito de apelar em liberdade (e-fl.22).

Foram apreendidos com o paciente 49 (quarenta e nove) tubetes - tubos contendo várias pedras - de *crack*.

A defesa, alegando que o paciente estava sofrendo manifesto constrangimento ilegal, em virtude da fixação do regime prisional fechado para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o início do cumprimento da pena e da ausência de justificativa para a prisão cautelar, porquanto não preenchidos os pressupostos insculpidos no artigo 312 do Código de Processo Penal, impetrou prévio *mandamus* perante o Tribunal de origem, cuja ordem foi denegada, a teor da seguinte ementa (e-fls.30):

HABEAS-CORPUS - Regime inicial aberto. Impossibilidade. Há recurso específico para se alcançar a medida desejada, qual seja, o de apelação. Recurso em liberdade. Impossibilidade. Persistência dos requisitos da custódia cautelar. Réu que respondeu ao processo preso. Ordem denegada.

No presente *writ*, o impetrante reitera a argumentação já desenvolvida, sustentando, em síntese, que a fixação do "regime mais gravoso foi estabelecido em desconformidade com o disposto nos arts. 59 e 33 do Código Penal, nas súmulas 718 e 719 do STF e com o princípio da individualização da pena", e, ainda, que "a segregação cautelar foi estabelecida sem a devida fundamentação, com violação ao art. 59 da Lei de Drogas e sem a presença dos pressupostos do art. 312 do Código de Processo Penal" (fls.2).

Alega, outrossim, ser o paciente primário e de bons antecedentes.

Pugna, assim, pela concessão da ordem, inclusive liminarmente, para fixar o regime aberto para o início de cumprimento da reprimenda ou, subsidiariamente, permitir que o paciente aguarde em liberdade o julgamento da apelação criminal.

A liminar foi indeferida em 20.01.2012, por meio da decisão de fls. 45, da lavra do Ministro Ari Pargendler, sendo prestadas informações pela autoridade apontada como coatora, através de ofício datado em 10 de fevereiro de 2012, do qual se destaca (e-fls.62/77):

"Em contato telefônico mantido com o Juízo de origem, o gabinete de assistência técnica desta Presidência obteve a informação de que contra o édito condenatório insurgiu-se a Defesa e que, processado o reclamo, foram os autos remetidos a esta Corte para sua apreciação"



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal estadual realizada em 26.10.2012, verifica-se que o recurso de apelação ainda não foi apreciado.

Por meio do Parecer de fls. 80/85, o Ministério Público Federal, na pessoa do Subprocurador-Geral da República Edilson Alves de França, opinou pela denegação da ordem, nos termos da seguinte ementa:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. CONDIÇÕES LEGAIS PARA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA NÃO EVIDENCIADAS. MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. SIGNIFICATIVA QUANTIDADE APREENDIDA. RISCO À ORDEM PÚBLICA CONFIGURADO. PERMANÊNCIA EM LIBERDADE ATÉ O JULGAMENTO DA APELAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ART. 44, DA LEI Nº 11.343/06. VEDAÇÃO À CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 231.126 - SP (2012/0009871-1)

**RELATORA : MINISTRA ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE)**
IMPETRANTE : RODRIGO CÉSAR JERONYMO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXANDRE APARECIDO POLLI (PRESO)

VOTO

**MINISTRA ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE) (Relator):** Feito o breve
intróito, tenho por imperioso reconhecer a inadequação da via eleita, pelo que
não se faz merecedora de conhecimento a impetração.

As Turmas julgadoras integrantes da eg. 3.^a Seção deste Superior
Tribunal de Justiça têm sinalizado a necessidade de racionalização do *habeas
corpus*, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal.

As hipóteses de cabimento do *writ* são restritas, não se admitindo
que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso cabível,
no caso, o recurso ordinário. Nessa esteira, oportuna a colação, à guisa de
exemplo, do recentíssimo precedente

*"HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. WRIT
SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE.
VIA INADEQUADA. FALSA IDENTIDADE PARA EXIMIR-SE
DE RESPONSABILIDADE. DIREITO À AUTODEFESA.
NAPLICABILIDADE. CONDUTA QUE SE AMOLDA AO ART.
307 DO CÓDIGO PENAL. CAUSAS DE AUMENTO.
EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DO
NÚMERO DE MAJORANTES. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA
443 DO STJ. ILEGALIDADE FLAGRANTE. ORDEM
PARCIALMENTE CONCEDIDA.*

*1. É imperiosa a necessidade de racionalização do habeas
corpus, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. As
hipóteses de cabimento do writ são restritas, não se admitindo
que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao
recurso cabível, vale dizer, o especial.*

2. Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória. (...)

5. Ordem parcialmente concedida para diminuir a pena do paciente, em relação ao delito de roubo, para 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão e 16 (dezesesseis) dias-multa, mantendo-se, no mais, os termos da sentença e do acórdão.

(HC 156.087/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 05/09/2012).

Sob esta mesma ótica, merece destaque, ainda, a recente orientação do Pretório Excelso sobre a questão. Com efeito, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n. 107.436/MG, de relatoria do e. Ministro Marco Aurélio, consolidando entendimento que já vinha sendo construído no âmbito daquele Colegiado (HC 108.715, Rel. Min. Marco Aurélio e HC 110.423, HC 107.882 e HC 108.399, estes da relatoria do Ministro Luiz Fux), concluiu pela inadequação do *habeas corpus* quando sugerido pela hipótese, inclusive, o manejo do recurso ordinário constitucional.

Assim, à luz da novel orientação jurisprudencial, proveniente, agora, tanto desta Corte Superior, quanto do Supremo Tribunal Federal, que reconhece ser inadequada a utilização do remédio heróico em substituição ao recurso constitucional cabível, não merece conhecimento a presente impetração.

Ressalte-se, porém, que a inadequação da via eleita não desobriga esta Corte Superior de fazer cessar, *ex officio*, manifesta ilegalidade que importe no cerceamento do direito de ir e vir do paciente.

Não é o caso dos autos.

Pretende o impetrante a alteração da sentença condenatória, com a modificação do regime inicial fechado, então fixado, para a modalidade aberta, entendendo que as circunstâncias judiciais são favoráveis ao paciente, enfatizando que a fixação de regime mais gravoso ofende as previsões legais e o posicionamento dos Tribunais Superiores.

De início, impressiona, na hipótese, o fato de que o magistrado sentenciante, muito embora tenha reconhecido a natureza "devastadora" e a "boa" quantidade da substância entorpecente apreendida (art. 42 da Lei 11.343/06), assim como os antecedentes criminais do réu, não agravou a pena-base (fixada no mínimo legal), tampouco afastou completamente a causa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de diminuição de pena, aplicada no caso em grau médio, em que pese a previsão normativa (art. 33, §4º, da Lei 11.343/06) e a orientação jurisprudencial a respeito. A propósito:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. A exasperação da pena-base restou suficientemente fundamentada, em razão da grande quantidade de droga apreendida (65 invólucros plásticos de cocaína, 124 invólucros plásticos de crack e 48 papelotes de maconha).

2. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base, quanto na determinação do grau de redução da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

3. Habeas corpus denegado.

(HC 204.265/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2012, DJe 17/09/2012);

EMENTA HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. NATUREZA, QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. INAPLICABILIDADE. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME MENOS GRAVOSO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Na espécie, não se vislumbra ilegalidade manifesta a ser reconhecida, porquanto as instâncias ordinárias adotaram fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantum imposto, tendo em vista a natureza, a quantidade e a diversidade das substâncias entorpecentes apreendidas.

2. O § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 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.

(...)

(HC 217.931/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 27/08/2012);

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.313/06. NÃO-PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. RÉU PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. VEDAÇÃO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO-CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA.

1. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, nos crimes relacionados ao tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 a 2/3, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

2. É inaplicável a minorante legal ao caso, uma vez que, embora o paciente seja primário e de bons antecedentes, ele não atende ao requisito previsto no mencionado dispositivo atinente à vedação de se dedicar a atividade criminosa, pois restou evidenciada nos autos a prática do tráfico, em razão da grande quantidade da substância entorpecente apreendida e pelo fato de ser o paciente gerente da narcotraficância. Precedentes do STJ.

(...)

9. Ordem denegada.

(HC 119.149/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 09/12/2008, DJe 02/02/2009);

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. Para a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, necessário o preenchimento de todas as condições elencadas na lei, quais sejam, além da primariedade, a ausência de antecedentes desabonadores, a não dedicação a atividades criminosas e a não participação em organização criminosa.

2. Não há constrangimento ilegal na não aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, quando evidenciado que o réu dedicava-se a atividades criminosas.

3. Para concluir-se que o condenado não se dedicava a atividades ilícitas, necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório colacionado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional.

4. Não há bis in idem na consideração da quantidade de droga para agravar a pena-base e para negar a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, mas apenas a utilização de um mesmo parâmetro de referência para momentos e finalidades distintas, objetivando a aplicação de reprimenda proporcionalmente suficiente à prevenção e reprovação do delito, nas circunstâncias em que cometido.

(...)

(HC 245.855/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 18/09/2012, DJe 24/09/2012).

A par dessa aparente contradição, todavia, observa-se que a posterior imposição do regime inicial fechado para o condenado se apóia em critérios circunstanciais, consagrados pela jurisprudência desta Corte, que foram adequadamente sopesados *in concreto*. De fato, o juízo singular fixou o regime prisional inicial nos seguintes termos (grifou-se):

Para a fixação do regime inicial para o cumprimento da pena segregativa de liberdade imposta, observei as circunstâncias judiciais estabelecidas no artigo 59 do mesmo Código, em especial a situação do acusado (com antecedentes criminais) e as circunstâncias do crime (que envolveu adolescentes e boa quantidade de substâncias entorpecentes), o que revela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ousadia, perturba toda a comunidade e demonstra sua total incapacidade de ressocialização ou de reinserção no meio social (com a imposição de regime mais severo).

Com efeito. O artigo 33 do Código Penal estabelece uma faculdade ao Juiz (e não um dever ou uma obrigação) para fixar o regime inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade. Nele estabelecem-se alguns critérios objetivos e outros capitulados no artigo 59 do Código Penal (critérios subjetivos), por força de seu parágrafo 3º.

Assim, a fixação do regime prisional não está adstrita tão-somente à quantidade da pena, pois sua eleição depende da avaliação das circunstâncias estabelecidas no artigo 59 do Código Penal, com o que o Juiz exerce uma faculdade (repita-se), baseada no princípio do livre convencimento. (fls. 25-26).

O acórdão atacado, por sua vez, entendeu que:

No concernente ao pedido de fixação de regime aberto, observo que a apelação é o recurso apropriado para se alcançar a pretensão almejada, cabendo ao paciente aguardar o julgamento do apelo já interposto.

Como é cediço, o habeas corpus não é o instrumento adequado para se insurgir contra a r. decisão impugnada, salvo nas hipóteses de inequívoca irregularidade ou teratologia, situações estas que não se amoldam ao caso.

Além do mais, não verifico ilegalidade na decisão, uma vez que se trata de crime de tráfico de drogas, equiparado a hediondo, e o regime prisional inicial fechado fixado para o cumprimento da pena decorre de expressão previsão legal nos termos do parágrafo 1º, do artigo 2º, da Lei dos Crimes Hediondos, da mesma forma como a substituição por penas restritivas encontra óbices nos artigos 33, §4º e 44, caput, ambos da Lei Antidrogas.

Nesse passo, ainda que se considere a inclusão pelo aresto impugnado de fundamento considerado inidôneo na motivação que oferece respaldo à sentença condenatória - apoiado na inconstitucional previsão contida no art. 2º, §1º, da Lei dos Crimes Hediondos -, resta evidenciado que tal inserção tem evidente caráter suplementar, sendo que a exclusão da vedação contida no sobredito dispositivo legal não teria o condão de esvaziar os demais fundamentos que conferem sustentação à sentença que fixou o regime inicial mais gravoso no caso em voga.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Fundamentada, portanto, a decisão ora impetrada na presença de antecedentes criminais, no envolvimento de menores no crime, bem como na grande quantidade de drogas apreendida (49 tubetes de *crack*), resta cabalmente afastado, no particular, o constrangimento ilegal alegado, uma vez que cada um desses motivos, na esteira da jurisprudência consolidada no âmbito desta Corte, se mostram adequados e suficientes para justificar a eleição, pelo julgador, do regime prisional fechado para o início do cumprimento da pena. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. FIXAÇÃO DO COEFICIENTE EM UM SEXTO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGA APREENDIDA. REGIME INICIAL FECHADO. INVIABILIDADE DA SUBSTITUIÇÃO DE PENA EM RAZÃO DA QUANTIDADE DE PENA.

1. O Tribunal de origem, ao aplicar a causa de diminuição de pena insculpida no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, estabeleceu-a, de forma motivada e proporcional, no mínimo legal de 1/6 (um sexto), dada a quantidade e diversidade de droga apreendida, e o envolvimento de menores na empreitada delituosa. Esta Corte tem decidido, em casos semelhantes, que tais circunstâncias justificam uma redução de pena diversa do patamar máximo de 2/3 (dois terços).

2. Inviável a fixação de regime diverso do fechado para o início do cumprimento da pena de 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão imposta ao paciente, haja vista as próprias circunstâncias que cercaram a ação delituosa, envolvendo dois menores – um deles na função de "olheiro" – no tráfico de diversos invólucros (total de noventa e quatro) de maconha e crack.

(...).

4. Habeas corpus denegado.

(HC 167.849/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 03/08/2010, DJe 29/11/2010);

(...)

REGIME PRISIONAL. NARCOTRÁFICO. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI 11.464/07. FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO INICIAL FECHADO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E DESTE STJ. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. MODO MAIS SEVERO JUSTIFICADO. CONSTRANGIMENTO NÃO DEMONSTRADO.

(...)

2. A gravidade concreta do delito cometido pelo agente, especialmente em razão da quantidade de entorpecente capturado em seu poder, justifica a imposição do regime mais severo para o inicial cumprimento da pena.

3. Ordem denegada, julgando-se prejudicado o pedido no tocante à substituição da pena reclusiva por medidas alternativas.

(HC 245.855/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 18/09/2012, DJe 24/09/2012);

CRIMINAL. HC. CRIMES CONTRA ADOLESCENTES. CORRUPÇÃO DE MENORES. ABSOLVIÇÃO. CONDENAÇÃO EM SEDE DE APELAÇÃO. EXPEDIÇÃO DE MANDADO PRISIONAL ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO SEM EFEITO SUSPENSIVO. ART. 675 DO CPP. INAPLICABILIDADE. VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. INOCORRÊNCIA. CUSTÓDIA DO RÉU. EFEITO DA CONDENAÇÃO. PLEITO DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NA IMPOSIÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. INOCORRÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

(...)

V. A lei permite ao juiz, desde que motivadamente, fixar regime mais rigoroso, conforme seja recomendável por alguma das circunstâncias judiciais previstas no Estatuto Punitivo.

VI. Se o acórdão condenatório procedeu à devida motivação da pena, no tocante a eventuais circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente – tais como seus maus antecedentes, sua má personalidade, a culpabilidade intensa, bem como as circunstâncias do crime, –, não há que se falar em constrangimento ilegal em decorrência da imposição de regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda.

VII. Ordem denegada.

(HC 47.710/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 16/03/2006, DJ 10/04/2006, p. 250).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Da mesma forma, encontra-se bem motivada a prisão cautelar do paciente. Extraí-se da sentença a seguinte fundamentação:

Mantenho a prisão preventiva de Alexandre Aparecido Polli por presentes os requisitos dos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal, que não poderá aguardar o julgamento de eventual recurso em liberdade. Senão vejamos.

O crime (que é doloso) é punido com pena privativa de liberdade, em seu grau máximo, superior a 4 (quatro) anos e não se revela adequado ou suficiente impor ao acusado quaisquer medidas cautelares diversas da prisão.

A medida mostra-se, por outro lado, necessária para a aplicação da Lei Penal e, também, para evitar a prática de novas infrações penais; e adequada à gravidade do crime (equiparado a hediondo), às circunstâncias do fato (que envolveu adolescentes) e às condições pessoais do acusado (portador de antecedentes criminais).

Além disso, encontram-se presentes os requisitos da preventiva (artigo 312, caput, primeira parte e seu parágrafo único do Código de Processo Penal):

- a) garantia da ordem pública;*
- b) garantia da ordem econômica;*
- c) conveniência da instrução criminal;*
- d) assegurar a aplicação da lei penal;*
- e) descumprimento de obrigação imposta por força de outra medida cautelar (artigo 282, parágrafo 4º do Código de Processo Penal).*

A essa argumentação, o acórdão impugnado acresce o seguinte:

No que diz respeito ao pedido de aguardar o julgamento da apelação em liberdade, ressalto que o paciente permaneceu sob custódia cautelar durante toda a instrução criminal e, assim, não parece razoável determinar a soltura quando já existe decisão condenatória, não obstante a recorribilidade da mesma. Pelo contrário, a condenação reafirma, com mais veemência, a necessidade de segregação.

A denegação da liberdade para apelar não ofende o princípio da presunção de inocência, mormente porque a própria ordem constitucional excepciona as situação permissivas à prisão cautelar, as quais, decerto, se ajustam à espécie.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Embora o singelo argumento, acrescido à sentença pelo Tribunal de origem, de que o paciente permaneceu preso preventivamente durante a instrução criminal não ofereça respaldo à manutenção do decreto prisional, esta Corte tem, em diversas oportunidades, reconhecido que, tanto a participação do acusado em rede criminosa, quanto a quantidade de droga apreendida evidenciam a periculosidade social justificadora da medida constritiva, em garantia da ordem pública. Nesse sentido, entre outros, os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PACIENTE ACUSADO DE INTEGRAR ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. FUNDAMENTAÇÃO. OCORRÊNCIA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.

(...).

2. Justifica-se a constrição cautelar para assegurar a ordem pública quando o paciente é acusado de integrar rede criminosa destinada ao comércio ilícito de entorpecentes, tudo a revelar a presença de periculosidade social justificadora da segregação cautelar.

3. A quantidade de droga constitui elemento fático determinante na avaliação da necessidade da prisão cautelar, notadamente para assegurar a ordem pública, como na espécie, em que foram apreendidos em poder do paciente aproximadamente 1.010 g (mil e dez gramas) de pasta-base de cocaína, o que se mostra suficiente, por si só, para justificar a custódia antecipada.

4. Ordem de habeas corpus denegada.

(HC 239.293/GO, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 01/08/2012);

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. NATUREZA E QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. POTENCIALIDADE LESIVA DA INFRAÇÃO. GRAVIDADE CONCRETA. REITERAÇÃO CRIMINOSA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.

1. Demonstrada a gravidade concreta do crime em tese cometido, evidenciada pela natureza e quantidade da droga apreendida - 98,06 g de cocaína -, mostra-se necessária a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

continuidade da segregação cautelar dos pacientes para a garantia da ordem pública.

2. Ainda que assim não fosse, não há que se falar em constrangimento ilegal quando devidamente apontados os motivos ensejadores da preservação da constrição antecipada, notadamente para a garantia da ordem pública, para o fim de fazer cessar a reiteração criminosa, vez que os pacientes ostentam maus antecedentes, circunstância que demonstra a sua potencial periculosidade e a real possibilidade de que, soltos, voltem a delinquir.

(...)

2. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegada a ordem.

(HC 222.694/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2012, DJe 01/08/2012);

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DESTE TRIBUNAL, EM CONSONÂNCIA COM A SUPREMA CORTE. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. DECRETAÇÃO POSTERIOR DA PRISÃO TEMPORÁRIA E DA CUSTÓDIA PREVENTIVA. WRIT ORIGINÁRIO NÃO CONHECIDO EM RELAÇÃO A UM DOS PACIENTES, POR REITERAÇÃO DE PEDIDO. ALEGAÇÃO DE ERROR IN JUDICANDO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOCUMENTAL. FUNDAMENTOS DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR: SUPOSTO ENVOLVIMENTO COM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, GRANDE QUANTIDADE E VARIEDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. SUPERVENIENTE SENTENÇA CONDENATÓRIA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA.

AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

5. A Corte estadual ressaltou o envolvimento do Paciente FRANCISCO com o comércio ilícito de entorpecentes, destacando a quantidade e variedade da droga apreendida, a extensão da atividade desenvolvida e a estrutura da organização criminosa, circunstâncias que demonstram a especial gravidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da conduta e a periculosidade concreta das agentes, a justificar a medida constritiva.

6. "A necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa enquadra-se no conceito de garantia da ordem pública, constituindo fundamentação cautelar idônea e suficiente para a prisão preventiva" (STF - HC 95.024/SP, 1.^a Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 20/02/2009).

(...)

9. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.

10. Habeas corpus não conhecido.

(HC 173.056/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 25/09/2012, DJe 02/10/2012)

No caso, consta dos autos (fls. 19) que o próprio paciente se intitulou "gerente do tráfico" local, tendo se auxiliado de menores para a prática da traficância, tudo a confirmar as conclusões do juízo sentenciante, no sentido da necessidade concreta da segregação preventiva, fincada na dicção do art. 312 do Código de Processo Penal.

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

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0009871-1

HC 231.126 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 2400397520118260000 4282011

EM MESA

JULGADO: 19/11/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/PE)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RODRIGO CÉSAR JERONYMO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXANDRE APARECIDO POLLI (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 Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Assusete Magalhães votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.