



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 406.236 - SP (2017/0158313-7)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RICARDO DE SANT' ANNA VALENTI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DAVI SANTOS TRINDADE

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. REGIME FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS (188 PORÇÕES DE COCAÍNA). ART. 42 DA LEI N. 11.343/06 E ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal – CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo, de acordo com o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, bem como os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

In casu, a pena imposta foi superior a 4 e inferior a 8 anos e a causa redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 foi aplicada em 1/2 em razão da quantidade e natureza das drogas apreendidas, qual seja, 188 porções de cocaína.

Dessa forma, não evidencio ilegalidade na fixação do regime fechado, pois, embora a primariedade do paciente e o *quantum* de pena (art. 33, § 2º, "b", do CP) permitem, em tese, a fixação do regime semiaberto, a quantidade e natureza das drogas apreendidas (art. 42 da Lei n. 11.343/06) justificam a imposição de regime mais gravoso, no caso o fechado, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do Código Penal e em consonância com o entendimento desta Quinta Turma.

Habeas corpus não conhecido.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

unanimidade, não conhecer do pedido.

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

Brasília (DF), 19 de setembro de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 406.236 - SP (2017/0158313-7)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RICARDO DE SANT' ANNA VALENTI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DAVI SANTOS TRINDADE

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de DAVI SANTOS TRINDADE contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido na Apelação n. 0005971-20.2015.8.26.0590.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 7 anos e 5 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática dos delitos tipificados no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/06 (tráfico ilícito de drogas) e art. 16, inc. IV, da Lei n. 10.826/03 (posse irregular de arma de fogo de uso restrito), na forma do art. 69 do Código Penal – CP.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual deu parcial provimento ao recurso, para reduzir a pena do paciente, restando no total de 5 anos e 6 meses de reclusão, mantido o regime fechado, em acórdão acostado às fls. 82/89.

TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - RÉU QUE TRAZIA CONSIGO 188 PORÇÕES DE COCAÍNA, PARA VENDA NO VAREJO - DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS EM SINTONIA COM O ACERVO PROBATÓRIO, A MERECER CREDIBILIDADE - TRAFICÂNCIA COMPROVADA - CONDENAÇÃO MANTIDA.

PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA - PROVA DA AUTORIA E MATERIALIDADE - DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS EM CONSONÂNCIA COM AS DEMAIS PROVAS COLHIDAS - CONDENAÇÃO MANTIDA. Comprovadas a autoria e materialidade do crime de porte de arma de fogo e munições, de rigor a condenação do acusado.

DOSIMETRIA DA PENA PENAS DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS APLICAÇÃO DO REDUTOR NA FRAÇÃO INTERMEDIÁRIA RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO (fl. 22).

Daí o presente *writ*, no qual a defesa alega que as circunstâncias judiciais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do art. 59 do CP são favoráveis e que o regime fechado foi fixado com base na gravidade abstrata do delito, violando os enunciados n. 718 e 719 da Súmula da Suprema Corte e n. 440 da Súmula desta Corte de Justiça.

Requer, assim, a fixação do regime prisional semiaberto.

Indeferida a liminar (fls. 33/36), o Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem (fls. 41/45).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 406.236 - SP (2017/0158313-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

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

O paciente foi preso em flagrante na posse de 188 porções de cocaína e uma pistola calibre 38.

Diante disso, o Juízo de primeiro grau condenou o paciente pela prática dos delitos de tráfico de drogas e posse irregular de arma de fogo de uso restrito, à pena total de 7 anos e 5 meses de reclusão, em regime inicial fechado. O Tribunal *quo* deu parcial provimento ao apelo defensivo para aplicar a causa redutora de pena na fração de 1/2, sendo a pena total reduzida para 5 anos e 6 meses de reclusão, mantendo o regime prisional fechado, sob os seguintes fundamentos:

Tráfico de drogas A pena-base para esse delito foi fixada no mínimo legal, ou seja, 5 anos de reclusão, e pagamento de 500 dias-multa, no piso mínimo.

Na segunda fase, a atenuante da menoridade relativa não autoriza a redução da reprimenda aquém do menor patamar, nos termos da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Presentes os requisitos legais, de rigor a aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, pois o apelante é primário e sem antecedentes e a quantidade de droga apreendida não era vultosa. Todavia, tem-se que a redução deve ser feita na fração de 1/2 a fim de que a reprimenda se torne justa e razoável como resposta penal à prática delitiva imputada nestes autos. Deste modo, a pena definitiva do réu para esse delito passa a 2 anos e 6 meses de reclusão e pagamento de 250 dias-multa, no piso mínimo.

Porte ilegal de arma de fogo Considerando os parâmetros legais e as peculiaridades do caso concreto, a reprimenda foi acertadamente fixada no mínimo legal, ou seja, 3 anos de reclusão, no regime aberto, e pagamento de 10 dias-multa, no piso.

Por fim, reconhecido o concurso material (artigo 69 do Código Penal), as penas deverão ser somadas, resultando a reprimenda



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

definitiva de 5 anos e 6 meses de reclusão, e pagamento de 260 dias-multa, no piso mínimo.

O regime inicial fechado é o adequado e suficiente ao caráter preventivo e repressivo, não se olvidando que a traficância é mola propulsora da criminalidade que assola o país, uma vez que o usuário, na ânsia de sustentar seu vício, pratica toda sorte de delitos, abalando consequentemente toda a sociedade.

No que respeita ao pleito de substituição da pena corporal por alternativa, é certo que a decisão do colendo Supremo Tribunal Federal nos autos do HC 97.256/RS, consolidada pela Resolução nº 5 do Senado Federal, reconheceu ser possível sua aplicação para os delitos previstos na Lei de Drogas; todavia, não afastou do julgador natural o poder de efetuar tal conversão levando em conta as circunstâncias concretas de cada caso, o que nem se cogita no presente, já que o deferimento do benefício poderia incentivar os apelantes a permanecerem na senda de crime tão nefasto.

[...]

Diante do exposto, dá-se parcial provimento ao recurso para condenar Davi Santos Trindade as penas de 5 anos e 6 meses de reclusão, no regime fechado, e pagamento de 260 dias-multa, no piso mínimo, por incurso no artigo 33, "caput", da Lei 11.343/06, c.c. artigo 16, inciso IV, do Estatuto do Desarmamento, nos termos do artigo 69 do Código Penal (fls. 26/28).

Na hipótese, verifico que a imposição do regime fechado está lastreada exclusivamente na gravidade abstrata do delito, em ofensa ao enunciado n. 440 da Súmula do STJ, que assim dispõe:

Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

No mesmo sentido, são os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do STF, os quais indicam:

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Todavia, ressalto que a pena imposta foi superior a 4 e inferior a 8 anos e a causa redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 foi aplicada na fração de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1/2 em razão da quantidade e natureza das drogas apreendidas, qual seja, **188 porções de cocaína.**

Dessa forma, não evidencio ilegalidade na fixação do regime fechado, pois, embora a primariedade do paciente e o *quantum* de pena (art. 33, § 2º, *b*, do CP) permitem, em tese, a fixação do regime semiaberto, a quantidade e natureza das drogas apreendidas (art. 42 da Lei n. 11.343/06) justificam a imposição de regime mais gravoso, no caso o fechado, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do Código Penal e em consonância com esta Quinta Turma.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA FIGURA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. INVIABILIDADE. INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS ESTABELECEM QUE O PACIENTE DEDICA-SE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. REFERÊNCIAS À HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. REGIME MAIS GRAVOSO MANTIDO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE ENSEJAM A NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

- Esta Corte Superior tem decidido que a quantidade, a variedade e a nocividade da droga, bem como as circunstâncias nas quais foi apreendida, evidenciam a dedicação do réu à atividade criminosa e, em decorrência, podem embasar o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- Hipótese em que não foi reconhecida a figura do tráfico privilegiado pelas instâncias ordinárias com base na quantidade e variedade das drogas apreendidas (11 trouxinhas de maconha, 7 de crack e 27 invólucros de cocaína) e das circunstâncias em que o delito ocorreu, as quais indicam que o paciente dedicava-se a atividades criminosas. Modificar tal conclusão requer o revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus.

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

- O regime de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena comporta pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.

- **No caso, devem ser afastadas as referências feitas, na sentença e no acórdão recorridos, à hediondez do delito de tráfico como fundamentação para a fixação do regime mais gravoso. Todavia, é de ser mantido o regime fechado, pois há circunstância concreta que recomenda o regime mais gravoso, qual seja, a quantidade, a variedade e a nocividade das drogas apreendidas, tanto que não foi reconhecida a figura do tráfico privilegiado, de modo que deve ser mantido o regime fechado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.**

- Habeas corpus não conhecido (HC 290.729/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 15/04/2016).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIAL FECHADO. REPRIMENDA FINAL INFERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESLOCADA PARA A TERCEIRA FASE. GRAVIDADE EM CONCRETO DO DELITO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE NA IMPOSIÇÃO DO REGIME MAIS GRAVE. CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A jurisprudência deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de que o efeito devolutivo da apelação autoriza a Corte estadual, quando instada a se manifestar acerca da dosimetria, regime inicial e demais questões relativas às peculiaridades do crime, a examinar as circunstâncias judiciais e rever a individualização da pena, seja para manter ou abrandar a sanção final imposta e o regime inicial fixado.

II - **A circunstância referente à quantidade e à natureza da droga, ainda que aplicada na terceira fase, pode ser utilizada para justificar a imposição de um regime prisional mais gravoso (precedentes). Além disso, a Terceira Seção desta Corte 'decidiu a matéria a ela afetada, no sentido de que é possível - desde que com base em motivação concreta - estabelecer regime prisional mais gravoso do que aquele que corresponderia, como regra geral, à pena aplicada', devendo tal fundamentação ser aferida caso a caso**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC n. 362.535/MG, Terceira Seção, de minha relatoria, Rel^a. para o acórdão Min^a. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 8/3/2017).

III - Na hipótese, o regime inicial fechado, fixado na sentença condenatória, foi corretamente preservado, a despeito do quantum da reprimenda corporal aplicada (3 anos e 4 meses de reclusão), **uma vez que a quantidade de droga apreendida**, bem como a gravidade concreta do delito, evidenciaram a dedicação do paciente à prática delitiva, não autorizando, no caso em apreço, a imposição de regime prisional mais brando.

IV - De igual modo, a circunstância da quantidade e natureza da droga apreendida não recomenda a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, mesmo sendo o paciente primário e tendo a pena sido fixada em patamar inferior a 04 (quatro) anos de reclusão.

*Habeas corpus não conhecido. **Liminar cassada*** (HC 395.507/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 30/6/2017).

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer do presente *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0158313-7

HC 406.236 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00059712020158260590 20170000170842 59712020158260590 7212015

EM MESA

JULGADO: 19/09/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: RICARDO DE SANT' ANNA VALENTI
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: DAVI SANTOS TRINDADE

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

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, não conheceu do pedido."

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