



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 300.677 - SP (2014/0192124-4)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
AGRAVANTE : **ÉLCIO APARECIDO CASSIMIRO**
ADVOGADOS : **MERHEJ NAJM NETO**
: **MUNIR CHANDINE NAJM**
AGRAVADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. LEGALIDADE. REGIME MAIS GRAVOSO. CONFIRMAÇÃO.

1. O art. 42 da Lei n. 11.343/2006 estabelece que o magistrado, na quantificação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, de modo que a fixação da pena em cinco anos e dez meses de reclusão, na primeira fase da dosimetria, observou a disciplina contida na norma especial.

2. Como é sabido, para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

3. As instâncias ordinárias, após o exame dos elementos probatórios acostados aos autos, concluíram que o agravante se dedicava às atividades criminosas, de forma que, para afastar tal premissa, seria imprescindível o reexame dos fatos e das provas dos autos, o que é inviável em sede de *habeas corpus*.

4. Legalidade do regime fechado fixado na origem, não pela hediondez do delito, mas em razão da quantidade e da qualidade da droga apreendida (150g de cocaína), à vista do que dispõe o art. 42 da Lei de Entorpecentes. Precedentes.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

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, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 08 de setembro de 2015 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 300.677 - SP (2014/0192124-4)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto por ÉLCIO APARECIDO CASSIMIRO contra decisão proferida pelo em. Ministro Moura Ribeiro, que, à fl. 774, negou seguimento ao *habeas corpus* ao fundamento de que a revisão da dosimetria penal, depois de transitada em julgado a sentença condenatória, só poderia ocorrer por meio de revisão criminal.

No presente recurso, sustenta o recorrente que sofre constrangimento ilegal pois foi condenado à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, no regime fechado, pela prática do crime de tráfico de drogas, não tendo sido aplicado, pelas instâncias ordinárias, o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, embora o acusado seja primário.

Alega, ainda, que o regime fechado fixado para o início do cumprimento da reprimenda é ilegal, visto que baseado apenas na hediondez do delito.

Aduz, por fim, que a pena-base foi majorada em razão da circunstância judicial da personalidade, o que contraria a legislação vigente, devendo a pena ser fixada no mínimo legal.

Pleiteia, por fim, o provimento do recurso para que seja aplicado o redutor do tráfico privilegiado no seu grau máximo, fixado o regime aberto, substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou, alternativamente, se não alterado o patamar da pena, que seja reconhecido o regime inicial aberto (fl. 792).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 300.677 - SP (2014/0192124-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Cumpre considerar, inicialmente, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

Como relatado, o agravante requer que sua pena seja redimensionada, afastado o aumento da pena-base, aplicado o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e, conseqüentemente, fixado o regime aberto, substituída a reprimenda por restritiva de direitos.

Na fixação da pena, o Juiz sentenciante concluiu (fls. 763/764):

Tendo em vista as diretrizes do artigo 59 do Código Penal, observa-se que era tecnicamente primário à época dos fatos, mas exercia a função de distribuidor de drogas a traficantes menores, de modo que a pena base deve ser fixada um sexto acima do mínimo legal, em 5 anos, 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa, por infração ao caput do artigo 33, da Lei 11.343/2006, pena que se torna definitiva ausentes outras circunstâncias agravantes ou atenuantes ou causas de aumento e diminuição.

Atuando com distribuidor de droga, verifica-se que o tráfico era utilizado pelo réu como modo de vida, não se aplicando ao caso a diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Em razão da condenação por crime equiparado a hediondo, fixo o regime fechado para início do cumprimento das penas, observadas as condições de progressão estabelecidas na Lei nº 11.464/2007.

[...]

Não há de se falar em substituição da pena corporal, tanto pela quantidade de pena (superior a quatro anos), quanto pela incompatibilidade lógica existente entre a hediondez equiparada e a benesse pretendida, verificando-se a mercancia profissional do acusado, conforme a prova do processo.

Ante o exposto e considerando tudo o mais que dos autos consta JULGO PROCEDENTE EM PARTE o pedido da acusação e faço para aplicar ao réu ÉLCIO APARECIDO CASSIMIRO, por infração ao *caput* do artigo 33 da Lei 11.343/2006, a pena de 5 anos, 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa, fixando o regime fechado para início do cumprimento da pena.

O tribunal *a quo* assim dispôs no que interessa (fls. 378/380):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ademais, a pena aplicada ao tráfico não comporta alteração.

Embora tecnicamente primário, o réu já era alvo de investigação há muito tempo, pelo tráfico de droga, consoante relato de policial civil, ostenta outro processo por delito posterior, mas da mesma espécie (fl. 148), pelo qual já foi condenado, embora em Primeiro Grau (interrogatório judicial- fl. 264 e verso) e já se envolveu em diversas ocorrências criminais, pelas quais respondeu ou ainda responde, não se podendo considerá-lo portador de 'bons antecedentes', ao contrário, mostrando-se lícito deduzir, ante o seu histórico de vida e os informes probatórios colhidos, que já se vinha dedicando, e continua a fazê-lo, às atividades delituosas, mormente as relacionadas ao narcotráfico.

Faltam-lhe, pois, requisitos indispensáveis ao reconhecimento da benesse pretendida, também se justificando à luz dos critérios previstos no artigo 42 da Lei de Tóxicos, a exacerbação, no percentual de 1/6, da pena-base, tendo em vista a natureza (cocaína), especialmente nociva à saúde pública, e a quantidade da droga apreendida (quase 150 gramas).

As mesmas circunstâncias e o quantum da pena, superior a 4 anos, impossibilitam igualmente a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não preenchido o requisito previsto no art. 44, III, do CP, qual seja, a suficiência da substituição para repressão do crime praticado, particularmente grave.

[...]

Por última, o regime inicial fechado decorre de expressa previsão legal (§ 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90), não comportando qualquer abrandamento.

Observo que o reexame da dosimetria da pena em sede de *mandamus* somente é possível quando evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial, errônea aplicação do método trifásico ou violação a literal dispositivo de norma que acarrete flagrante ilegalidade.

Diferentemente do afirmado pelo agravante, o tribunal *a quo* confirmou a majoração da sua pena-base não em virtude da circunstância judicial da personalidade do agente, mas "tendo em vista a natureza (cocaína), especialmente nociva à saúde pública, e a quantidade da droga apreendida (quase 150g)" – fl. 379, postura que não demonstra arbitrariedade ou desproporcionalidade, à luz da pena cominada para o delito (5 a 15 anos de reclusão), em conformidade com o art. 59 do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Já a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 tem como finalidade punir com menor rigor o traficante não habitual, isto é, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida. Para fazer jus à referida benesse, portanto, o agente deve preencher os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa.

No caso, o MM. Juiz sentenciante afirmou que o agravante não fazia jus à benesse haja vista que atuava "como distribuidor de droga", verificando-se que "o tráfico era utilizado pelo réu como modo de vida, não se aplicando, ao caso, a diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas" (fl. 763).

O Tribunal *a quo*, por sua vez, concluiu, "ante o seu histórico de vida e os informes probatórios colhidos, que já vinha (*o autor*) se dedicando, e continua a fazê-lo, às atividades delituosas, mormente as relacionadas ao narcotráfico" (fl. 379), de modo que alterar tal entendimento para reconhecer a figura do tráfico privilegiado demandaria incursão no acervo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fático-probatório, o que é inviável na via estreita do *habeas corpus*.

Nesse sentido, cito o seguinte precedente:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. OBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 3º, DO CP. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do(a) acusado(a), que este(a) não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.

2. Não há constrangimento ilegal no ponto em que, fundamentadamente, não foi aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, à vista de elementos concretos que indicaram a dedicação do acusado à atividade criminosa do tráfico.

3. Para acolher a tese defensiva de que o acusado não se dedica a atividades criminosas, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência vedada na via estreita do *habeas corpus*.

4. À vista da pena final aplicada (5 anos de reclusão) e da quantidade e natureza das drogas, revela-se correta a fixação do regime inicial fechado, a teor do art. 33, § 3º, do CP, pois a escolha do regime de cumprimento da pena deu-se com observância dos critérios legais, previstos no art. 42 da Lei de Drogas.

5. Ordem não conhecida. (HC 316.802/SP, Rel. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 02/06/2015).

Assim, constata-se que a reprimenda encontra-se fundamentada de forma escoreita, com base em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador.

Quanto ao regime fixado, é sabido que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar o disposto no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

No caso, não obstante a primariedade do réu e o *quantum* da pena aplicada ser inferior a 8 anos – 5 anos e 10 meses de reclusão para o tráfico –, a escolha do regime fechado para o início do cumprimento da pena mostra-se adequada, considerando a existência de circunstância judicial desfavorável, mormente a quantidade de substância entorpecente apreendida – 150 gramas de cocaína.

Nesse sentido é a jurisprudência desta Corte Superior:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIALMENTE FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. REGIME ESTABELECIDO DE FORMA ADEQUADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de *habeas corpus* substitutivo ante a previsão legal de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP; Rel. Ministra Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinham-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração.

Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - Na hipótese, o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso manteve decisão do magistrado de 1ª instância que determinou ao paciente o regime inicial fechado, em razão da valoração negativa do art. 59, do Código Penal, em virtude da natureza e da quantidade da droga.

IV- Considerando que as circunstâncias judiciais foram valoradas em desfavor do paciente, mormente porque, nos termos do art. 42, da Lei n. 11.343/06, foram sopesadas, na fixação da pena-base, a natureza da droga (pasta-base de cocaína), bem como a expressiva quantidade do entorpecente (405,8 kg), está autorizada a fixação do regime inicial mais gravoso, nos termos do que preceitua o art. 33, § 3º, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 303.898/MT, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/11/2014, DJe 27/11/2014)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 NO PATAMAR MÁXIMO (DOIS TERÇOS). INVIABILIDADE. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE VIABILIZAM O REGIME FECHADO PARA O INÍCIO DA EXPIAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL.

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

2. Na hipótese, houve a aplicação da causa de diminuição da pena no patamar de 1/6 (um sexto), valendo-se a instância ordinária de suficiente fundamentação, o que afasta a alegação de constrangimento ilegal.

3. Para concluir em sentido diverso, infirmando-se os argumentos expendidos na origem, haveria necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência descabida na via estreita do habeas corpus. Precedentes do STJ e do STF.

4. Mesmo não tendo a reprimenda alcançado 4 (quatro) anos de reclusão, as circunstâncias do caso - quantidade e natureza dos entorpecentes - recomendam a manutenção do regime fechado para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade.

5. Pelas mesmas balizas, não se mostra socialmente recomendável o deferimento da substituição da sanção corporal por restritivas de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Ordem denegada.

(HC 191.322/DF, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 27/03/2012, DJe 11/04/2012).

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0192124-4

AgRg no
HC 300.677 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00070422420088260066 6082008 70422420088260066

EM MESA

JULGADO: 08/09/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

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

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MERHEJ NAJM NETO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ÉLCIO APARECIDO CASSIMIRO

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ÉLCIO APARECIDO CASSIMIRO
ADVOGADOS : MERHEJ NAJM NETO
MUNIR CHANDINE NAJM
AGRAVADO : 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, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.