



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.160 - SP (2015/0253309-9)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIELE CRISTINA BARBATO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GELSON NOBRE ALVES DOS SANTOS SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. DEDICAÇÃO DO RÉU À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME DE PROVAS. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. REGIME FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06 E ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. DETRAÇÃO. INAPLICABILIDADE. DIVERSIDADE, QUANTIDADE E NATUREZA DE DROGAS APREENDIDAS JUSTIFICA FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PATAMAR DA REPRIMENDA SUPERIOR A 4 ANOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* 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. Os fundamentos utilizados pela Corte estadual para não aplicar ao caso concreto da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa, evidenciada, sobretudo, pela quantidade e natureza das drogas apreendidas (41 pedras de *crack*, 8 pinos de cocaína e 24 porções de maconha), está em consonância com o entendimento desta Corte.

Ademais, para se acolher a tese de que o paciente não se dedica às atividades criminosas, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em *habeas corpus*.

3. A quantidade e/ou natureza da droga apreendida é fundamentação idônea para justificar a fixação do regime prisional mais gravoso.

In casu, ainda que observada a detração (art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal), o Magistrado sentenciante destacou a gravidade concreta da conduta para justificar o regime prisional mais gravoso, revelada especialmente pela diversidade, quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos, sendo esta fundamentação idônea para justificar a imposição do regime inicial fechado, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do Código Penal – CP, e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessa forma, mesmo que aplicada a detração para fins de regime inicial de cumprimento de pena, prevista no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, tem-se que descontado o período de prisão provisória da pena definitiva de 5 anos, o restante da pena a ser cumprido continua superior a 4 anos de reclusão, motivo pelo qual não altera a fixação do regime inicial fechado.

4. A fixação da pena privativa de liberdade em patamar superior a 4 anos impede a sua substituição por restritivas de direitos (art. 44, I, do CP).

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 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), 13 de dezembro de 2016(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.160 - SP (2015/0253309-9)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIELE CRISTINA BARBATO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GELSON NOBRE ALVES DOS SANTOS SILVA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio impetrado em benefício de GELSON NOBRE ALVES DOS SANTOS SILVA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na apelação n. 0105338-56.2013.8.26.0050.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas).

Em sede de apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso da defesa, em acórdão acostado às fls. 63/69.

Daí o presente *writ*, no qual a defesa alega que o paciente sofre constrangimento ilegal, haja vista que é primário, possui bons antecedentes e não há provas nos autos de que integre organização criminosa, fazendo *jus* ao redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Aduz que as instâncias ordinárias deixaram de efetuar a detração do tempo de prisão cautelar para fixar o regime inicial, violando, assim, o disposto no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal. Sustenta que aplicado o referido instituto fará jus a regime prisional mais brando e à substituição da pena por restritivas de direitos, invocando a Resolução n. 5/12 do Senado Federal.

Desse modo, requer a concessão da ordem para, aplicando o disposto no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, fixar o regime inicial aberto para cumprimento da pena imposta ao paciente e à substituição da pena por restritivas de direitos.

Requer, assim, a aplicação da causa redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas e a fixação de regime mais brando.

As informações foram devidamente prestadas (fls. 61/73) e o Ministério Público Federal manifestou-se "*pela concessão da ordem de ofício apenas para que*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seja determinado ao Tribunal de origem que proceda à análise do pleito relativo à detração, nos moldes insculpidos no artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal" (fls. 78/81).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.160 - SP (2015/0253309-9)

VOTO

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

Por se tratar 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 aplicação da causa redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, a fixação de regime prisional mais brando, com a consequente substituição da pena por restritiva de direitos.

O paciente foi preso em flagrante na posse de 41 pedras de *crack*, 8 pinos de cocaína e 24 porções de maconha.

Diante disso, foi condenado por tráfico de drogas à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, conforme se verifica:

*Consideradas as circunstâncias elencadas pelos artigos 59 do Código Penal e 42 da Lei 11.343/06, as quais não chegam a ser desfavoráveis ao réu, **fixo a pena- base acima do mínimo legal de 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.***

Atenuantes genéricas não incidem, dado não terem o condão de conduzir a reprimenda aquém do mínimo legal.

Embora o réu seja primário (FA em apenso), não incide a causa de diminuição prevista pelo parágrafo 4º ao artigo 33, concebida para adequação da pena a conduta apenas eventual de pequeno vulto, não sendo esse o caso dos autos, em que inclusive afirmado pelo réu ser a traficância o seu meio de vida, declarada expressamente habitualidade na conduta, e ainda revelada inserção em delinquência organizada.

Torno definitivas as penas assim fixadas, nada mais havendo a considerar.

Ausentes os requisitos legais, inviável a substituição da pena corporal. Para início de cumprimento da pena privativa de liberdade imposta fixo o regime fechado, único que se mostra adequado à consecução das finalidades da sanção penal, a vista do quantum fixado e considerada a gravidade da conduta, reclamada reação severa, proporcional, em especial em vista das circunstâncias desfavoráveis ao réu.

Nesse ponto anoto que o artigo 387, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal cuida da determinação do regime inicial



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de cumprimento de pena, não tratando de hipótese de progressão, quando haveria consideração de requisito subjetivo atinente ao merecimento do condenado. Logo, alcança somente os casos em que a fixação do regime prisional se faça exclusivamente pelo quantum da pena, não sendo esse o caso dos autos. Nesse sentido o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça em caso semelhante (TJSP, 13ª Câm. Crim.. Habeas Corpus nº 0190234-85.2013.8.26.000, Rei. Des. Renê Ricupero, j. 16/01/2014).

Dessa forma, cálculo de detração para fins de progressão de regime ou outros benefícios terá lugar na execução, ainda que provisória, perante o Juízo de Execução Penal, observado o regime inicial fechado ora estabelecido (fls. 36/37).

A Corte estadual, por sua vez, negou provimento ao apelo defensivo, mantendo a pena e o regime fixados em primeiro grau, sob os seguintes fundamentos:

2.1. foi corretamente rechaçada a redução trazida pelo § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas.

A aplicação do mencionado dispositivo não se mostra viável na medida em que se cuide de infração indicativa de alta periculosidade do agente. O propósito do legislador, certamente, não foi favorecer os traficantes de alto coturno. A mens legis da Lei nº 11.343/06 há de ter tido em vista, primordialmente, fornecedores ocasionais, que não denotam perseverança criminosa, hábito delinquencial ou gravíssimo comprometimento para a ordem social, a paz coletiva e a saúde da população em geral, virtudes certamente irreconhecíveis no imperdoável traficante de drogas que persevera nessa senda. Tanto, aliás, que o citado art. 33, § 4º, contém expressa referência, para fins de merecimento da redução condescendente, à exigência de que o agente “não se dedique às atividades criminosas”.

[...]

A lei atual trouxe tratamento distinto para quem oferece droga a pessoa de seu relacionamento sem objetivo de lucro a rigor, traficante de entorpecentes: § 3º do mesmo artigo 33. Ora, também se reserva tratamento diferenciado no § 4º, pois o redutor se dirige a quem comete uma das condutas puníveis constantes do caput ou do § 1º do artigo 33 quando o agente atua sem ter o lucro por meta, sem intuito de comércio, sem adotar a odiosa e desagregadora propagação narcótica como meio de vida.

É assim que se deve considerar a exigência de “não se dedicar às atividades criminosas” (terceira figura dos pressupostos indispensáveis à concessão da benesse), porque quem procura obter vantagem financeira através do mercadejo de substância clandestina se propõe, claro, a exercer atividade criminosa: presta o torpe serviço para alguém, faz a deplorável intermediação para alguém, busca aumentar os recursos ilícitos de grupos ou organizações formadas à margem da lei para custear investidas delituosas n'outros setores do submundo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Convenhamos ser fenômeno de extrema raridade o traficante que age solitariamente...

Se se der outra interpretação ao dispositivo em apreço, de forma a alcançar todo e qualquer agente que preencha os demais requisitos, haverá incontornável discrepância com outras normas da mesma Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, como, por exemplo, a descrição típica de seu artigo 37 (mero informante).

No caso concreto, a considerável e variada quantidade de narcóticos [37,8g de maconha, 5,4g de cocaína e 6,6g de crack [cf. laudos de constatação (fls. 17) e de exame químico-toxicológico de fls. 55/6]], imanente a quem se devota ou se consagra ao mister infracional, bem como a confissão judicial do acusado no sentido de que comercializava substâncias entorpecentes havia um mês (fls. 73) desautorizavam, sem dúvida, a redução trazida pelo citado preceito da nova Lei de Drogas;

2.2. o montante apenatório que se conserva impediria, de todo modo, a substituição da reclusiva por restritivas de direitos, ou a estipulação do regime prisional aberto.

E, não obstante a atual redação do artigo 387, § 2º, da lei penal adjetiva, nem sempre se afigura recomendável que o E. Juízo de conhecimento efetue desde logo a detração da sanção para fins de abrandamento do regime de encarceramento; às vezes convém que o E. Juízo de Execução se desincumba da tarefa, por se tratar de órgão estruturado especificamente para apurar incidentes de execução e com melhores condições de verificar a presença de variáveis prejudiciais à concretização do regime prisional imposto nessa seara (como a necessidade de unificação de penas);

3. Diante disso, preservo por seus próprios sustentáculos a r. decisão monocrática, ficando adotados, ratificados e expressamente incorporados, como fundamento deste acórdão, os motivos nela deduzidos (fls. 65/69).

De início, quanto à causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, os fundamentos utilizados pela Corte de origem para não aplicá-la ao caso concreto em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa, evidenciada, sobretudo, pela diversidade, quantidade e natureza das drogas apreendidas, está em consonância com o entendimento desta Corte.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL DECIDIDO MONOCRATICAMENTE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INOCORRÊNCIA. [...] TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. RECONHECIMENTO, NA ESPÉCIE. CARÁTER HEDIONDO DO DELITO PRIVILEGIADO. PREJUDICIALIDADE. RECURSO IMPROVIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. A quantidade e a natureza do entorpecente apreendido constituem elementos que denotam a dedicação do réu a atividades criminosas, podendo obstar a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

2. Delimitado pelo Tribunal de origem que o acusado foi flagrado transportando 17kg de maconha, o reconhecimento da sua dedicação a atividades criminosas não enseja o reexame do conjunto fático-probatório dos autos.

3. Afastada a incidência do §4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06, resta prejudicada a análise da questão referente ao caráter hediondo do tráfico privilegiado.

4. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp 1445238/MS, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, DJe 13/10/2015).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS. NÃO PREENCHIMENTO. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO.

1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa.

2. No caso, mostra-se inviável a aplicação da referida causa especial de diminuição, haja vista ter sido destacado pelo Tribunal a quo o envolvimento dos pacientes com a prática de atividades ilícitas, demonstrado especialmente pela expressiva quantidade de entorpecente apreendido - 403 invólucros plásticos contendo "maconha" e um tijolo da mesma substância, totalizando peso líquido de 1.157,5 gramas.

[...]

2. Agravo regimental improvido (AgRg no HC 275.627/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 02/02/2016).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTOS VÁLIDOS PARA A MODULAÇÃO DO ÍNDICE DE REDUÇÃO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS. CRITÉRIO IDÔNEO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Segundo reiterada jurisprudência dos Tribunais Superiores, a quantidade e a natureza da droga apreendida podem ser sopesadas na definição do índice de redução da pena pela incidência do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 ou, até mesmo, no impedimento da aplicação da referida minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. Precedentes.

3. No caso, o Juiz sentenciante, dentro do critério de discricionariedade vinculada do julgador na individualização da pena, reduziu a pena em 1/6, com fundamento na variedade e natureza das drogas apreendidas - 22 pinos de cocaína (15g) e 26 papelotes de maconha (51,8g) -, o que não se mostra desproporcional.

4. Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, o julgador deve observar os critérios dos arts. 33 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006.

[...]

7. Habeas corpus não conhecido (HC 296.067/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 10/05/2016).

Ademais, para se acolher a tese de que o paciente não se dedica à atividade criminosa, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em sede de *habeas corpus*. Confira-se, a propósito, o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. QUALIFICAÇÃO DE TESTEMUNHA MANTIDA SOB SIGILO, PERMITIDA SUA DIVULGAÇÃO APENAS AO ADVOGADO DOS ACUSADOS, JUIZ E PROMOTOR. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. CONDENAÇÃO BASEADA EM OUTRAS PROVAS, COLHIDAS SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PENA MAIOR QUE QUATRO ANOS. HABEAS CORPUS DENEGADO.

[...]

3. Inaplicável a causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006 na hipótese, na medida em que, conforme consignado pela sentença condenatória, mantida pelo acórdão de apelação impugnado, o Paciente não preenche os requisitos legais, tendo em vista se dedicar à atividade criminosa. E, não é possível, na estreita via do habeas corpus, rever a conclusão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exarada pela instância ordinária, por demandar incabível reexame do conjunto fático-probatório. Precedentes.

[...]

5. *Habeas corpus denegado* (HC 206.142/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 23/4/2013).

Quanto à pretensa alteração do regime inicial de cumprimento da pena, é pacífica neste Tribunal 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, sendo que, na prática do delito de tráfico de drogas deve ser observada a quantidade e/ou natureza da droga apreendida.

Na hipótese, ainda que observada a detração (art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal), o Magistrado sentenciante destacou a gravidade concreta da conduta para justificar o regime prisional mais gravoso, revelada especialmente pela diversidade, quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos.

Ressalto, ainda, que apesar das circunstâncias judiciais serem favoráveis (art. 59 do Código Penal – CP), de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal, de a pena aplicada ser superior a 4 e inferior a 8 anos (art. 33, § 2º, alínea "b", do CP), a quantidade e/ou natureza dos entorpecentes (art. 42 da Lei n. 11.343/06) é fundamentação idônea para justificar a imposição do regime inicial fechado no caso em análise, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do CP, e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma, conforme se verifica:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. [...] REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS. CRITÉRIO IDÔNEO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. REQUISITO OBJETIVO. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

3. No caso, o Tribunal a quo, dentro do critério de discricionariedade vinculada do julgador na individualização da pena, reduziu a pena em 1/6, com fundamento na quantidade e na natureza da droga apreendida (mais de 80g de crack e mais de 88g de cocaína), o que não se mostra desproporcional.

4. Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, o julgador deve observar os critérios dos arts. 33 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Embora o paciente seja primário e o somatório das penas tenha ficado em 4 anos e 10 meses de reclusão, o Tribunal de origem, diante do quantum da pena aplicada e da quantidade e da natureza das drogas apreendidas, fixou motivadamente o regime fechado (imediatamente mais grave segundo o quantum da sanção aplicada), em consonância com a jurisprudência desta Corte.

6. Estabelecido o quantum da pena em patamar superior a 4 anos, é inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

7. Habeas corpus não conhecido (HC 360.686/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 28/09/2016).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. [...] REGIME PRISIONAL. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. PENA DEFINITIVA SUPERIOR A 4 E NÃO EXCEDENTE A 8 ANOS. REGIME FECHADO. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. TESE PREJUDICADA PELO NÃO REDIMENSIONAMENTO DA PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

6. O STF, no julgamento do HC n. 111.840/ES, assentou que inexistente a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

7. A valoração negativa da natureza e quantidade de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação de regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso. Precedentes.

8. No caso, embora o paciente seja primário, condenado a pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) e não excedente a 8 (oito) anos de reclusão, a quantidade e a natureza dos entorpecentes - 5,150kg de maconha e 24g de haxixe - justificam a fixação do regime inicial fechado.

9. Mantida a condenação em patamar superior a 4 (quatro) anos, é inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

10. Habeas corpus não conhecido (HC 355.463/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 23/09/2016).

Dessa forma, mesmo que aplicada a detração para fins de regime inicial de cumprimento de pena, prevista no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tem-se que o paciente foi preso em flagrante no dia 3/12/2013 (fl. 14) e a sentença condenatória foi proferida em 22/7/2014 (fls. 32/38), momento de aplicação do referido dispositivo. Descontado esse período de prisão provisória da pena definitiva de 5 anos, o restante da pena a ser cumprido continua superior a 4 anos de reclusão, motivo pelo qual não altera a fixação do regime inicial fechado.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DELITO DEVIDAMENTE CARACTERIZADO. REGIME INICIAL. CONCURSO DE CRIMES. DETRAÇÃO. CONSIDERAÇÃO. MODIFICAÇÃO. AUSÊNCIA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA.

[...]

3. Esta Corte detém o entendimento de que "reconhecida a existência do concurso material entre os delitos de tráfico de drogas e associação para o narcotráfico, o regime inicial de cumprimento de pena deve ser fixado de acordo com a soma resultante das penas impostas pelos delitos, consoante o disposto no artigo 111 da Lei de Execução Penal" (HC n. 232.948/TO, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 14/04/2014).

4. **In casu, o acórdão a quo, considerando a pena final aplicada em razão do concurso material, fixou o regime inicial semiaberto, em atenção ao art. 33, § 2º, b, do Código Penal, considerando também o instituto da detração, (art. 387, §2º, do CPP), entendendo que o tempo de prisão provisória não seria suficiente para alterá-lo, pois mesmo descontado o período de prisão provisória da ré, cujo marco inicial é 29/10/2013, o restante da pena a ser cumprido supera o patamar de quatro anos.**

5. Com base na orientação adotada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 126.292/SP, a Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento da Rcl 30.193/SP, firmou entendimento de que "a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena".

6. Ordem não conhecida (HC 327.596/BA, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 15/08/2016).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. RÉU PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. QUANTIDADE DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DROGA NÃO SIGNIFICATIVA PARA FINS DE IMPOSIÇÃO DO REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. DETRAÇÃO. TEMPO DE CUSTÓDIA CAUTELAR. INSUFICIÊNCIA PARA ALTERAR REGIME PRISIONAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. Na definição do regime prisional aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, o julgador deve observar os critérios estabelecidos nos arts. 33 do CP e 42 da Lei n. 11.343/2006.

3. Fixada a pena do paciente em 5 (cinco) anos de reclusão, reconhecida sua primariedade e diante da não significativa quantidade de droga apreendida, o regime semiaberto é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e "c", do CP.

4. Nos termos do art. 387, § 2º, do CPP, verifica-se, no caso, que o tempo de custódia cautelar não enseja a alteração do modo de cumprimento da pena.

5. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena privativa de liberdade (HC 360.141/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 21/09/2016).

Por fim, no tocante à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, observa-se que o paciente não preenche o requisito previsto no art. 44 do Código Penal, haja vista que a pena privativa de liberdade restou fixada em patamar superior a 4 anos.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0253309-9

HC 338.160 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0105338562013 01053385620138260050 1053385620138260050 20150000594504

EM MESA

JULGADO: 13/12/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: DANIELE CRISTINA BARBATO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: GELSON NOBRE ALVES DOS SANTOS SILVA
CORRÉU	: GUILHERME OLIVEIRA LIMA

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 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.