



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 365.582 - SP (2016/0204809-9)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : NATASHA TEIXEIRA GONÇALVES DE SOUZA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JHONATAS FIGUEIREDO COSTA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À SANÇÃO CORPORAL TOTAL DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO. ELEVADA QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AUSÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. PENA INALTERADA. INVIABILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL. REGIME FECHADO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MANUTENÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

– Consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, na fixação da pena do crime de tráfico de drogas, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente. No caso, a pena-base foi fixada apenas 1/6 acima do mínimo legal em razão da quantidade elevada e da variedade dos entorpecentes apreendidos, estando, portanto, em consonância ao dispositivo legal mencionado e à jurisprudência desta Corte. Precedentes.

– Não há *bis in idem* quando o Tribunal *a quo* fixa a pena-base acima do mínimo em razão da quantidade e variedade das drogas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apreendidas e afasta o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa, que ficou evidenciada pela elevada quantidade e variedade das drogas apreendidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito. Ademais, para afastar a conclusão de que o paciente não se dedica às atividades criminosas, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução probatória, o que é vedado na via estreita do *habeas corpus*, de cognição sumária. Precedentes.

– Inalterada a pena aplicada, fica prejudicado o pleito de substituição da sanção corporal, uma vez que o patamar de 5 anos e 10 meses de reclusão não atende ao requisito objetivo do art. 44, I, do Código Penal.

– Estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, com lastro em fundamentação idônea, no caso, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas, as quais também foram levadas em conta para justificar a não aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, 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.

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 13 de dezembro de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 365.582 - SP (2016/0204809-9)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : NATASHA TEIXEIRA GONÇALVES DE SOUZA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JHONATAS FIGUEIREDO COSTA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de JHONATAS FIGUEIREDO COSTA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 00066474-75.2015.8.26.0050.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006 (fls. 29/38).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, cujo provimento foi negado pelo Tribunal *a quo* (fls. 39/45).

Na presente impetração, a defesa sustenta haver constrangimento ilegal na exasperação da pena-base acima do mínimo legal, ao argumento de que *a natureza, a variedade e a quantidade das drogas já foram consideradas para a caracterização do delito de tráfico, uma vez que nenhum ato de comercialização foi constatado. Assim a utilização de tal fato como circunstância judicial desfavorável implica em inadmissível bis in idem* (fl. 12). Aponta, ademais, que o juízo *a quo* se apoiou apenas em uma delas, qual seja, a quantidade de entorpecentes presente no caso, para aumentar a pena em 1/6. Diante do número restante de elementos preponderantes que devem ser considerados, dois, e dos demais, 08, os quais não militam contra os pacientes, o aumento se mostra exagerado, não devendo prevalecer (fl. 13).

Insurge-se contra o afastamento da aplicação do previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, ao fundamento de que a quantidade de drogas não pode ser utilizada na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

primeira e terceira fases da dosimetria, por representar o vedado *bis in idem*, bem como por estarem presentes na hipótese todos os requisitos que autorizam a aplicação da referida causa de redução de pena, ou seja, o agente é primário, de bons antecedentes, não há provas de que se dedique a atividades criminosas ou de que integre organização criminosa.

Quanto ao regime, aplicando-se ao caso a fração redutora de pena em 2/3, sustenta haver constrangimento ilegal na manutenção do regime inicial fechado, pois incidente ao caso os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. Outrossim, aponta que o paciente faz *jus* ao benefício da substituição da pena, na forma do art. 44 do Código Penal.

Diante disso, pede, liminarmente e no mérito, que seja reduzida a pena aplicada ao paciente, bem como fixado regime inicial mais brando e substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Pedido liminar indeferido (fls. 51/53).

Informações prestadas às fls. 63/72 e 81/101.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela denegação da ordem, caso conhecida (fls. 105/107).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 365.582 - SP (2016/0204809-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpra analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, 1ª Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, 4ª Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Como já consignado no relatório, busca-se a redução da pena-base, o reconhecimento do privilégio, o abrandamento do regime prisional e a aplicação do art. 44 do CP em favor do paciente.

Como é cediço, a dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre *in casu*, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, *in verbis*:

Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

No caso, o sentenciante, após as considerações acerca da materialidade e autoria, condenou o paciente como incurso no art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e aplicou as reprimendas nos seguintes moldes (fls. 36/37):

Podem ser aplicadas as penas acima do mínimo, no patamar de 5 (cinco) anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos) dias-multa, considerando a quantidade das drogas, na forma do artigo 42 da Lei de Drogas. A mesma quantidade impede a redução descrita no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, evidenciando que o réu dedicava-se a atividades ou organizações criminosas. Havia não só grande quantidade como diversidade de drogas, e o réu ficava com toda esta quantidade para distribuição, comprovando que pertencia a uma associação.

A pena privativa de liberdade deve ser cumprida inicialmente em regime fechado, nos termos do que propõe a Lei n.º 11.464/07, art. 2º, par. primeiro. O tráfico é um crime grave e o regime fechado é o único compatível com tal gravidade. Refere-se a delitos contra o patrimônio e ao tráfico de armas. Impossível à fixação de restritiva de direitos, considerando intensa culpabilidade dos que se dedicam a traficância. De todo modo, dada a equiparação a hediondo e o montante de droga apreendido, incabível regime menos gravoso. O valor do dia-multa será o mínimo legal, ante a ausência de dados que permitam fixá-lo acima deste patamar.

O acórdão recorrido, por sua vez, manteve íntegra a sentença e, quanto à pena-base, consignou o voto condutor que (fls. 43/44):

O critério adotado na dosimetria foi razoável, porque a quantidade e diversidade de drogas que o réu transportava estavam mesmo a exigir maior rigor na retribuição.

Pela leitura dos excertos acima transcritos, observa-se que inexistente constrangimento ilegal a ser sanado na primeira fase da dosimetria, uma vez que a Corte local conferiu legalidade no afastamento da pena-base em apenas 1/6 acima do mínimo legal, com



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

lastro na quantidade elevada e na variedade das drogas apreendidas, a saber, 468,6g de cocaína; 270,3g de maconha; 18,2g de crack; e 560ml de lança perfume (fl. 33), argumentos válidos para tal fim, pois em consonância ao art. 42 da Lei n. 11.343/2006 e à jurisprudência desta Corte, que destaco:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. TESE DE NULIDADE POR OFENSA AO ART. 212 DO CPP. OBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA VERDADE REAL E DO IMPULSO OFICIAL. NULIDADES RELATIVAS. NÃO ALEGAÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO E NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. NULIDADE NÃO RECONHECIDA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. TESE DE FRAGILIDADE DAS PROVAS. VIA IMPRÓPRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. NÃO APLICAÇÃO DA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRESENÇA DE ELEMENTOS QUE EVIDENCIAM ATIVIDADE CRIMINOSA. PLEITOS DE FIXAÇÃO DE REGIME MENOS GRAVOSO E DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. IMPOSSIBILIDADE. PENA RECLUSIVA SUPERIOR A 8 ANOS. PRETENSÃO DE ISENÇÃO DA PENA DE MULTA. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

5. No que concerne ao tráfico de entorpecentes, considerar-se-á na fixação da pena-base, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente. Inteligência do art. 42 da Lei 11.343/06.

6. O aumento da pena-base da paciente não se mostra, no caso, desarrazoada ou desproporcional, já que devidamente fundamentada em elementos concretos (quantidade e natureza da droga apreendida) e condizentes com o entendimento desta Corte acerca do tema. Precedentes .

(...)

10. Habeas corpus não conhecido. (HC 298.169/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 28/10/2016) - grifei.

Assim, considerando a natureza, a nocividade e a variedade das drogas apreendidas como circunstâncias judiciais preponderantes, nos termos dos arts. 42 da Lei de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Drogas e 59 do Código Penal, e a variação entre as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito de tráfico de drogas - de 5 a 15 anos de reclusão -, não se identifica qualquer constrangimento ilegal a ser sanado na presente via, pois o afastamento do mínimo legal encontra-se proporcional à gravidade concreta do delito e deve ser mantido em respeito à discricionariedade vinculada do julgador.

Prosseguindo, requer a defesa o redimensionamento da pena do paciente, mediante aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

Na espécie, o sentenciante consignou, quanto ao privilégio, que o acusado não fazia *jus* ao benefício, por se dedicar à atividade criminosa, tendo destacado que (fl. 37):

A mesma quantidade impede a redução descrita no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, evidenciando que o réu dedicava-se a atividades ou organizações criminosas. Havia não só grande quantidade como diversidade de drogas, e o réu ficava com toda esta quantidade para distribuição, comprovando que pertencia a uma associação.

Do mesmo modo, destacou o acórdão recorrido (fl. 44):

Não é caso de aplicar o fator de redução de pena, porque o réu estava adiantado na prática da traficância, tanto que revelou que a sua atribuição consistia em abastecer os pontos de vendas, as biqueiras.

E sabe-se que não se obtém acesso à quantidade de drogas que ele transportava, a não ser por meio de organização criminosa.

Então, o réu integrava organização criminosa e se dedicava com afinco às atividades criminosas, circunstâncias que inviabilizam a incidência da causa de redução, e não propriamente porque houve "bis in idem" na majoração da pena na base e na negativa do favor legal.

Observa-se que também houve fundamentação concreta quando do não reconhecimento do tráfico privilegiado, consubstanciada na conclusão de que o paciente dedica-se às atividades criminosas, ante a quantidade elevada e variedade das drogas apreendidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito, elementos aptos a justificar o afastamento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Nesse ponto, destaque-se que a quantidade e variedade das drogas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apreendidas, embora utilizadas na primeira fase para justificar o afastamento da pena-base do mínimo legal, não foram usadas para definir o patamar da fração redutora pela incidência da minorante, mas, sim, como fator impeditivo de reconhecimento do tráfico privilegiado, inocorrendo, portanto, o alegado *bis in idem*.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE POR AFRONTA AO DEVIDO PROCESSO PENAL. INEXISTÊNCIA. QUANTIDADE DE DROGA. VALORAÇÃO PARA FIXAÇÃO DA PENA-BASE E PARA AFASTAMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA.

(...)

4. A benesse do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 tem como finalidade punir com menor rigor o traficante não habitual, isto é, o indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida, de modo que, para fazer jus àquele benefício, o agente deve preencher os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa.

5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, reafirmou a tese de que caracteriza *bis in idem* a valoração da natureza e da quantidade da droga na dosimetria do delito de tráfico de entorpecentes tanto na primeira quanto na terceira fase do cálculo da pena (ARE n. 666.334 RG/AM, Tribunal Pleno, Rel. Min.

Gilmar Mendes, DJe de 6/5/2014).

6. Quando a expressiva quantidade de droga encontrada em poder do paciente é considerada para exasperar a pena-base e afastar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 - por denotar que o réu se dedicava às atividades criminosas - não significa tenha havido *bis in idem* na dosimetria da pena, porquanto o paradigma pretoriano preocupou-se em evitar a dupla valoração da quantidade de entorpecentes na exasperação da pena-base e no dimensionamento, na modulação ou na definição do patamar daquela causa de diminuição, situação aqui não verificada, já que tal circunstância não serviu para dosar o quantum de incidência da minorante, mas para deixar de reconhecer a figura do tráfico privilegiado.

7. Na hipótese, a vultosa quantidade de droga encontrada (mais de 10kg de cocaína), acondicionada em veículo conduzido pelo paciente, demonstra sua dedicação às atividades criminosas e justifica o afastamento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006, enfraquecendo a alegação de ocorrência de bis in idem. Precedentes do STF.

8. Writ não conhecido. (HC 211.004/MT, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 19/10/2015) - grifei.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À SANÇÃO CORPORAL TOTAL DE 6 ANOS DE RECLUSÃO. QUANTIDADE CONSIDERÁVEL DA DROGA E MAUS ANTECEDENTES. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM QUE O PACIENTE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA 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 APONTADA PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

- Não há bis in idem quando o Tribunal a quo fixa a pena-base acima do mínimo em razão da quantidade e natureza da droga apreendida e afasta o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa, que restou evidenciada pela quantidade e nocividade da droga apreendida e pelas circunstâncias em que ocorreram o delito.

- Inexiste 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. Modificar tal entendimento importa revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do writ.

(...)

- Habeas corpus não conhecido. (HC 338.956/SP, deste Relator, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 09/12/2015) - grifei.

Dessa forma, tendo havido fundamentação concreta, pelo Tribunal local, para não aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, concluo que, para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que o paciente não se dedica às



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atividades criminosas, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório amalhado durante a instrução probatória, o que, como cediço, é vedado na via estreita do *habeas corpus*, de cognição sumária.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO. INVIABILIDADE. NECESSIDADE DE INCURSÃO NA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). DEDICAÇÃO DOS CONDENADOS À ATIVIDADE CRIMINOSA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO DEMONSTRADA EM FUNÇÃO DA QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGA APREENDIDA. MODIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PATAMAR DA REPRIMENDA SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

3. Os fundamentos utilizados pela Corte estadual para não aplicar ao caso concreto a 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 pelas circunstâncias do delito e pela quantidade de drogas apreendidas (33,7g de "maconha", distribuída em 18 embalagens), 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.

(...)

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime inicial semiaberto. (HC 351.136/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 29/09/2016) - grifei.

Por oportuno, inalterada a pena aplicada, fica prejudicado o pleito de substituição da pena corporal, uma vez que o patamar de 5 anos e 10 meses de reclusão não atende ao requisito objetivo do art. 44, I, do Código Penal.

Do mesmo modo, quanto ao regime, inexistente coação ilegal a ser sanada na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

presente via, pois, no caso, verifica-se que a pena-base foi estabelecida acima do mínimo legal, com lastro e em fundamentação concreta, no caso, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas, as quais também foram levadas em conta para justificar a não aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, 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.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. NATUREZA E QUALIDADE DA DROGA APREENDIDA. REGIME INICIAL FECHADO. NATUREZA DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

4. Devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial fechado, em razão da natureza da substância entorpecente apreendida - crack - (art. 42 da Lei n.º 11.343/06), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

5. É assente neste Tribunal Superior que para os casos em que o agente tenha sido condenado a pena superior a quatro e inferior a 8 anos de reclusão (in casu, 4 anos e 8 meses de reclusão) e presentes circunstâncias judiciais desfavoráveis idôneas à elevação da pena-base acima do mínimo legal, aplica-se o regime fechado para o início de cumprimento da pena, em observância ao artigo 33, parágrafos 2º e 3º, do Código Penal.

6. Habeas corpus não conhecido. (HC 372.261/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 10/10/2016) -grifei.

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 INICIAL FECHADO. PLEITO DE AFASTAMENTO DA ANÁLISE DESFAVORÁVEL DOS ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES ANTERIORES. DECURSO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DO PRAZO PREVISTO NO ART. 64, I, DO CP. MAUS ANTECEDENTES CONFIGURADOS. PENA-BASE MANTIDA. RECONHECIMENTO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS QUE JUSTIFICAM O NÃO RECONHECIMENTO. PLEITOS DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA E DE READEQUAÇÃO DO REGIME PREJUDICADOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

- Do mesmo modo, fica prejudicado o pedido de readequação do regime, pois não houve a pleiteada redução da pena. Ademais, a quantidade considerável da droga apreendida com o paciente e a presença de circunstância judicial desfavorável recomendam o regime mais gravoso do que a pena comporta, para fins de prevenção e repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido. (HC 360.986/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 06/09/2016) - grifei.

Ante o exposto, inexistindo coação ilegal a ser reconhecida *ex officio* por esta Corte, **não conheço** do *habeas corpus*, pois manifestamente incabível na espécie.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0204809-9

HC 365.582 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00664747520158260050 20160000318812 664747520158260050

EM MESA

JULGADO: 13/12/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

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	: NATASHA TEIXEIRA GONÇALVES DE SOUZA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JHONATAS FIGUEIREDO COSTA (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 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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.