



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 304.550 - SP (2014/0240242-0)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : **ADRIANO PAES CAVALCANTE**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **ADRIANO PAES CAVALCANTE (PRESO)**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. SÚMULA 231 DO STJ. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). FRAÇÃO PROPORCIONAL. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME FECHADO. PENA INFERIOR A 8 ANOS. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06 E ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. DETRAÇÃO DA PENA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. *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 e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. Nos termos do Enunciado n. 231 da Súmula do STJ, é inviável a aplicação da atenuante pela confissão espontânea, prevista no art. 65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal, quando a pena-base é fixada no mínimo legal.

3. O aumento da pena-base em 1/6, com base na natureza e na quantidade dos entorpecentes apreendidos, mostra-se razoável e está em consonância com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/06, que prevê a preponderância de tais circunstâncias em relação às demais previstas no art. 59 do Código Penal.

4. Os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias 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 pela quantidade e variedade de drogas apreendidas, está em consonância com o entendimento desta Corte. 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 *habeas corpus*.

5. Quanto ao regime fechado, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

In casu, a pena imposta foi inferior a 8 anos e a causa redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 foi aplicada no patamar mínimo (1/6) em razão da grande quantidade e variedade das drogas apreendidas, qual seja, 181 pinos de cocaína, com peso líquido de 87,87g e 38 porções de "maconha", pesando 62,37g.

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) permitam, em tese, a fixação do regime semiaberto, a quantidade, diversidade 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.

6. É inviável a análise da detração da pena diretamente por esta Corte quando não apreciada pelo Tribunal *a quo*, sob pena de indevida supressão de instância.

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), 28 de junho de 2016(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 304.550 - SP (2014/0240242-0)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : ADRIANO PAES CAVALCANTE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADRIANO PAES CAVALCANTE (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Habeas corpus substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em benefício próprio por ADRIANO PAES CAVALCANTE contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0018077-44.2013.8.26.0344.

Infere-se dos autos que o impetrante/paciente foi condenado à pena de 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, e § 4º da Lei n. 11.343/06 (tráfico privilegiado).

Em apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso da defesa, em acórdão assim ementado:

TRÁFICO DE DROGAS - Materialidade e autoria delitiva devidamente demonstradas nos autos, pela prova oral e documental Sentença que bem analisou o quadro probatório, devendo ser mantida por seus próprios fundamentos - Pena corporal bem aplicada Regime prisional corretamente fixado.

Recurso improvido (fls. 43).

Daí o presente *writ*, no qual o impetrante/paciente alega que na fixação da pena não foi aplicada a atenuante prevista no art. 65, III, *d*, do Código Penal, bem como que a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 foi aplicada no patamar de apenas 1/6 (um sexto), em face da grande quantidade de droga apreendida, não obstante as circunstâncias favoráveis atribuídas ao paciente.

Sustenta, ainda, que o regime inicial de cumprimento da pena teria sido fixado com base em diploma legal considerado inconstitucional.

Requer, assim, o reconhecimento da redução de pena, para que seja aplicado o disposto no art. 387 do Código de Processo Penal - CPP, com a redação determinada pela Lei n. 12.736/2012, a fim de que seja computado o lapso temporal da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prisão temporária para a fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, bem como que seja determinado o afastamento da equiparação do tráfico privilegiado como crime hediondo.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 25/26), as informações foram devidamente prestadas (fls. 33/57) e o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão parcial da ordem, apenas para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade (fls. 74/77).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 304.550 - SP (2014/0240242-0)

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 e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

O paciente foi preso em flagrante pois mantinha em depósito 181 pinos de cocaína, com peso líquido de 87,87g e 38 porções de "maconha", pesando 62,37g, bem como a quantia de R\$ 425,00 (quatrocentos e vinte e cinco reais) em dinheiro trocado, além de 25 embalagens plásticas contendo 100 unidades cada uma.

Diante disso, foi condenado por tráfico de drogas, tendo o magistrado de primeiro grau aplicado a pena nos seguintes termos:

Atento ao disposto nos artigos 59 e 60 do Código Penal e 42 e 43 da Lei 11.343/06, que determinam seja considerado, na fixação das penas, a natureza e a quantidade da substância, a personalidade e a conduta social do agente, fixo a pena base em 05 (cinco) anos de reclusão e no pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa. Consta que o réu é primário e não ostenta maus antecedentes, também não há provas de que integre organização criminosa. Confessou o delito na fase policial. Porém, retratou-se, motivo pelo qual deixo de aplicar o redutor, e também porque a pena já se encontra no mínimo legal. Na terceira fase, inicialmente observo que a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, notadamente a fração a ser aplicada, deve observar as diretrizes previstas no art. 42 da mesma lei, que impõe seja considerado, na fixação das penas, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

[...]

Assim, levando em conta que o réu é primário e não ostenta maus antecedentes, também não havendo provas de que integre organização criminosa, reduzo as penas acima indicadas em 1/6 (um sexto), totalizando, 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e pagamento de 416 (quatrocentos e dezesseis) dias- multa. Assim o faço porque o acusado foi detido com grande quantidade de droga (181 "pinos" plásticos contendo cocaína e 38 porções de maconha),



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a merecer ser duramente apenado. O valor do dia-multa é fixado no mínimo de 1/30 do maior salário mínimo vigente à época dos fatos, diante da situação econômica do réu, retratado a fls. 30, atualizado a partir da mesma data. Não havendo outras circunstâncias agravantes ou atenuantes a considerar ou mesmo causas de aumento ou diminuição da pena, torno definitivas as penas anteriormente fixadas. **Diante do montante das penas, e porque o crime de tráfico de drogas é considerado hediondo, bem como por suas consequências, sendo responsável pela desestruturação de muitas famílias e pela prática de diversos crimes contra o patrimônio, a pena privativa de liberdade será cumprida inicialmente no regime fechado, tendo em vista o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464, de 28/março/2007.** ANTE O EXPOSTO, julgo PROCEDENTE a pretensão punitiva estatal para CONDENAR o réu ADRIANO PAES CAVALCANTE, qualificado nos autos, à pena de cinco 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, sendo o dia multa fixado em 1/30 do maior salário mínimo vigente à época dos fatos, como incurso no art. 33, "caput", da Lei 11.343/06. Incabível a substituição da pena privativa de liberdade, nos termos do artigo 44, § 2º, do Código Penal, bem como a suspensão condicional da pena, diante do montante das penas e porque o caráter hediondo do delito faz com que não sejam socialmente recomendáveis as referidas substituições para reprovação e prevenção do crime (fls. 39/41).

A Corte Estadual, por sua vez, asseverou:

Quanto a dosimetria penal, a r. sentença mereceria reparo, eis que a despeito da significativa quantidade e variedade das drogas apreendidas, a pena base foi fixada no mínimo legal, sendo ainda diminuída em face da benesse contida no artigo 33, § 4º da Lei de Drogas.

Entretanto, não houve apelo ministerial nesse sentido, razão pela qual a dosagem penal permanecerá como fixada em primeiro grau, e isto, a fim de não prejudicar ao apelante.

Feitas tais considerações, temos que sua pena base foi fixada no mínimo legal, em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, no piso.

Em seguida, por entender preenchidos os requisitos do artigo 33, § 4º da Lei 11.343/06 o magistrado sentenciante diminuiu a reprimenda em 1/6, perfazendo um total de 4 anos e 2 meses de reclusão e 416 dias-multa, no piso, tornada assim definitiva.

A despeito da redução aplicada e do quantum resultante desta, temos que não há que se falar em fixação de regime prisional mais brando, eis que o regime fixado, inicial fechado, o foi de acordo com a determinação constante no artigo 1º da Lei 11.464/07 que regula os crimes hediondos.

[...]

Anoto que o quantum de pena aplicada por si só inviabiliza a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substituição requerida, que também fica afastada (fls. 47/49).

De início, quanto à aplicação da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal na fixação da pena, já se encontra pacificado o entendimento nesta Corte de Justiça que *"fixada a pena-base no mínimo legalmente previsto, inviável a aplicação da atenuante pela confissão espontânea, prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal, por força da Súmula 231 do STJ"* (HC 301.572/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 03/06/2016).

No que se refere a causa redutora, verifico que foi aplicada no patamar mínimo (1/6) pelas instâncias ordinárias, sendo este o adequado em razão da quantidade e diversidade de drogas, haja vista que, na escolha do *quantum* de redução da pena (art. 33, § 4º da Lei de Drogas), o magistrado deve levar em consideração a quantidade e a natureza da substância apreendida, por expressa previsão legal (art. 42 da lei n. 11.343/06), em consonância com o entendimento desta Corte, que até mesmo autoriza o impedimento da aplicação da minorante quando evidenciada a dedicação às atividades criminosas.

Nesse sentido:

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, NATUREZA E VARIEDADE DAS DROGAS. 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. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. INVIABILIDADE. CUMPRIMENTO DA PENA ANTES DO TRANSITO EM JULGADO. JULGADO DO STF. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. Precedentes.

3. No caso, a Corte a quo, dentro do critério de discricionariedade vinculada do julgador na individualização da pena, reduziu a pena em 1/6, com fundamento na quantidade da droga apreendida, 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.

5. Embora o paciente seja primário e a pena tenha sido estabelecida em 4 anos e 2 meses de reclusão, o Tribunal de origem, diante da pena aplicada e da quantidade e natureza das drogas apreendidas - 55 pedras de crack, 28 porções de maconha e 20g de cocaína -, fixou motivadamente o regime fechado (imediatamente mais grave segundo o quantum da sanção aplicada), em consonância com a jurisprudência desta Corte.

6. É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante do quantum de pena aplicada, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

7. O STF, no julgamento do HC 126.292/SP, decidiu que o esgotamento das instâncias ordinárias permite o início do cumprimento da pena, mesmo antes do trânsito em julgado da condenação, uma vez que os recursos especial e extraordinário não são dotados de efeito suspensivo.

8. Habeas corpus não conhecido (HC 308.824/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 25/05/2016).

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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

No que se refere ao regime prisional, verifica-se que a sua imposição está lastreada exclusivamente na vedação legal, o que vai de encontro com a jurisprudência desta Corte, conforme se verifica:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. DESPROPORCIONALIDADE. ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, 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, c/c o art. 59 do Código Penal.

- No caso, o quantum da pena (2 anos e seis meses de reclusão) e a primariedade do paciente levariam a fixação do regime aberto. No entanto, tendo em vista que as circunstâncias judiciais não lhe são favoráveis, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo, e as circunstâncias do caso concreto (quantidade e variedade da droga e o envolvimento de três adolescentes) a fixação do regime de cumprimento de pena no semiaberto se mostra adequado para a repressão do delito.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ofício, para fixar o regime semiaberto para cumprimento da pena privativa de liberdade (HC 324.129/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 07/10/2015).

Ademais, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 2.º, da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Cumpre transcrever a ementa do referido julgado:

Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida. 1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados. 2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado. 3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto. 4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal. 5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que “[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado (HC 111840, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/06/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-249 DIVULG 16-12-2013 PUBLIC 17-12-2013).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Todavia, ressalto que a pena imposta foi inferior a 8 anos e a causa redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 foi aplicada no patamar mínimo (1/6) em razão da quantidade e variedade das drogas apreendidas, qual seja, **181 pinos de cocaína**, com peso líquido de 87,87g e **38 porções de "maconha"**, pesando 62,37g.

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.

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 ESTABELECEAM 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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).

Por fim, verifico que o Tribunal a quo não apreciou a questão referente à detração da pena. Dessa forma, inviável a análise da referida matéria diretamente por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância. Confira-se:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. [...] **DETRAÇÃO. QUESTÃO NÃO ENFRENTADA PELA CORTE LOCAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.**

[...]

6. Não se conhece do pedido de detração, se a questão não foi alvo de análise perante o Tribunal a quo, sob pena de indevida supressão de instância.

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 344.737/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 25/05/2016)

Habeas corpus não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0240242-0

HC 304.550 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00180774420138260344 180774420138260344

EM MESA

JULGADO: 28/06/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ADRIANO PAES CAVALCANTE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADRIANO PAES CAVALCANTE (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

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.