



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 308.414 - RS (2014/0287274-2)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : ROGERIO RODRIGUES DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ROGERIO RODRIGUES DA SILVA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06). VEDAÇÃO. PROCESSOS EM ANDAMENTO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME FECHADO. PENA INFERIOR A 8 ANOS. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06 E ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. 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 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. De acordo com a jurisprudência desta Quinta Turma, processos em andamento só não podem ser utilizados na primeira fase de dosimetria da pena para majorá-la, sendo possível utilizar esses fatos criminais para vedar a aplicação da causa redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, como na hipótese dos autos. Precedentes (HC 313.812/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, DJe 10/05/2016 e HC 280.204/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, DJe 17/04/2015).

3. 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.

Todavia, no caso, não se evidencia ilegalidade na fixação do regime fechado, pois, embora a primariedade do paciente e o *quantum* de pena, inferior a 8 anos (art. 33, § 2º, "b", do CP), permitem, em tese, a fixação do regime semiaberto, a quantidade de drogas apreendidas, quase 5 quilos de "maconha" (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.

Habeas corpus não conhecido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 308.414 - RS (2014/0287274-2)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : ROGERIO RODRIGUES DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ROGERIO RODRIGUES DA SILVA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício próprio por ROGERIO RODRIGUES DA SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 70045285970.

Infere-se dos autos que o impetrante/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. 11.343/06 (tráfico de drogas) (fls. 7/13).

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

APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. TRANSPORTE DE MACONHA. APREENSÃO EM CARROÇA. PROVA. CONDENAÇÃO MANTIDA.

Praticam o crime de tráfico de drogas os agentes que são flagrados por policiais militares transportando cinco quilos de maconha em meio ao lixo conduzido em uma carroça. A palavra dos policiais apreensores e as circunstâncias do flagrante, especialmente a expressiva quantidade de droga, trazem a certeza da destinação comercial da substância ilícita. A alegação de não conhecimento da existência da droga no veículo de tração animal não convence, na medida em que sendo carroceiros, acostumados a selecionar o lixo, não é crível que não soubessem da expressiva quantidade dentro do material selecionado para o transporte. Apelo improvido (fls. 14).

Daí o presente *writ*, no qual a defensoria alega, às fls. 58/67, que o Tribunal *a quo* baseou-se em fundamentação inidônea ao afastar a causa de redução da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em razão de processos não findos e afirma, ainda, que a Corte Estadual incorreu em *reformatio in pejus* ao renovar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a fundamentação trazida pelo juiz de primeiro grau.

Insurge-se, ainda, contra o regime prisional fechado fixado com base em dispositivo declarado inconstitucional.

Requer, assim, a aplicação da minorante prevista no § 4º da Lei de Drogas, bem como a fixação de regime inicial semiaberto.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 27/28), as informações foram devidamente prestadas (fls. 36/51) e o Ministério Público Federal manifestou-se pela extinção do processo sem resolução de mérito (fls. 73/76).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 308.414 - RS (2014/0287274-2)

VOTO

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

Por tratar-se 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.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, a aplicação da causa redutora prevista no § 4º da Lei de Drogas, bem como a fixação de regime inicial semiaberto.

O paciente foi preso em flagrante na posse de 6 tijolos de "maconha", pesando aproximadamente 4.976,20 (quatro quilos, novecentos e setenta e seis gramas e 20 decigramas).

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

Para Rogério Rodrigues da Silva

*Da natureza e da quantidade da substância ou do produto: foram apreendidos na carroça de sua propriedade: 06 torrões de maconha, pesando aproximadamente 4.976,25 quilogramas. A quantidade apreendida é demasiadamente expressiva para ser transportadora numa carroça e sem o conhecimento do condutor da mesma; culpabilidade: inequívoca, eis que dotados de potencial consciência da ilicitude de seus atos; **antecedentes: tecnicamente primário, mas respondendo processo por tentativa de homicídio na 2ª Vara do Júri desta Capital**; conduta social e personalidade: fora dos parâmetros normais; motivos: ganho fácil, às custas da desgraça alheia; conseqüências: gravíssimas, ante à nocividade que representam as substâncias entorpecentes para a saúde pública e a criminalidade delas resultante.*

*Diante das circunstâncias judiciais, **fixo a pena-base em 05 anos de reclusão que, na ausência de atenuantes, agravantes, majorantes e minorantes, pois incabível a aplicação da minorante prevista no § 4º, artigo 33 da Lei 11.343/06, por entender que todo traficante faz parte de organização criminosa, eis que recebe a droga de outros membros dessa organização e a revende e todos, desde o primeiro que a trouxe para o país até o último que a revende, são peças***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dessa grande engrenagem criminoso e organizada e que cada vez mais recruta pessoal inclusive sem antecedentes que, repito, na busca do ganho fácil, semeiam o vício e a destruição à pessoa, à família e não são desestimulados pela singeleza das penas possíveis de serem aplicadas, pelo que torno-a definitiva em 05 anos de reclusão.

Acrescento, ainda, quanto a não aplicação da minorante, especialmente para quem entender que se trata de negar a existência da lei, que é impossível fazer tráfico de drogas sozinho, como um "profissional autônomo do tráfico" e, por isso, sem dúvida, que todo o traficante faz sim parte da organização criminoso, estando ele no topo da organização ou nas suas infinitas ramificações de distribuição e venda.

A pena privativa de liberdade deverá ser cumprida no regime inicial fechado, em razão da natureza do delito.

Condeno ainda o réu no pagamento de 500 dias-multa, fixando o valor do dia-multa em um trigésimo do valor do salário mínimo nacional vigente ao tempo do fato (fls. 11/12).

A Corte Estadual, por sua vez, asseverou:

No que diz com o apenamento, nenhum reparo. A pena-base foi fixada no mínimo legal, ou seja, 05 anos de reclusão, não comportando redução

Não há circunstâncias atenuantes e agravantes.

Os réus não preenchem os requisitos do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, não sendo merecedores do benefício por não possuírem bons antecedentes e estarem respondendo a outros processos criminais por tentativa de homicídio e tráfico de drogas (fls. 180/183).

Por isso, a pena privativa de liberdade deve ser mantida em 05 anos de reclusão.

A sanção pecuniária cumulativa também foi fixada no mínimo legal e deve ser mantida como tal, por ser inviável a sua redução sob qualquer argumento.

Incabível o pedido de isenção da pena de multa. A pena cumulativa está prevista expressamente no preceito secundário do tipo penal do artigo 33 da Lei 11 343/06 e sua aplicação decorre do princípio da legalidade. Eventual impossibilidade de cumprimento da pena deverá ser analisada pelo juízo da execução.

O regime deve permanecer fechado, nos termos do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 (fls. 16/17).

De início, verifico que não há ilegalidade na fundamentação apresentada pelo Tribunal a quo para não aplicar ao caso concreto a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, pois, de acordo com a jurisprudência desta Quinta Turma, processos em andamento só não podem ser utilizados na primeira



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fase de dosimetria da pena para majorá-la, sendo possível utilizar esses fatos criminais para justificar o afastamento da benesse em questão, como na hipótese dos autos.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

2. Assentado pelas instâncias antecedentes, com fulcro nas circunstâncias fáticas e nos demais elementos colhidos na instrução, que o paciente se dedica a atividades criminosas, a modificação desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus.

3. **A existência de outros processos criminais contra o acusado, ainda que sem condenação transitada em julgado, afasta a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.**

Precedentes.

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 fixada em 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, o regime fechado mostra-se adequado para a prevenção e reparação do delito, tendo em vista a natureza da droga apreendida (41 trouchinhas de crack).

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. Habeas corpus não conhecido (HC 313.812/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 10/05/2016)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. CONDENAÇÃO SEM TRÂNSITO EM JULGADO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO CABIMENTO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça,



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 for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. É sabido que este Tribunal entende que inquéritos policiais e ações penais em curso não podem ser utilizados para valoração negativa dos antecedentes e da reincidência (Súmula 444).

Todavia, é possível que esses fatos criminais sejam utilizados para justificar o afastamento da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando possibilitarem a conclusão de que o agente participa de organização criminosa ou se dedica a atividades ilícitas.

3. Mantido o quantum da pena, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, I, do Código Penal, por ser superior a 4 anos de reclusão.

4. Habeas corpus não conhecido (HC 280.204/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 17/04/2015).

Ressalto que o novo fundamento acrescentado pelo Tribunal de origem para vedar a aplicação da minorante não resultou em agravamento da situação do réu. Assim, não ofendeu o princípio do *ne reformatio in pejus*, segundo o qual, em recurso exclusivo da defesa, a situação do réu não pode ser agravada em relação à pena que lhe foi aplicada em primeiro grau.

Nesse ponto, tenho acompanhado o entendimento do eminente Ministro JORGE MUSSI de que *"mantido o quantum no mesmo patamar adotado pelo juízo monocrático, não há falar em ofensa ao princípio da vedação da reformatio in pejus, diante da adoção de novos fundamentos a embasar a condenação"* (AgRg no AREsp 62.070/MG).

Quanto ao regime prisional, verifico 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

Todavia, não evidencio ilegalidade na fixação do regime fechado, pois, embora a primariedade do paciente e o *quantum* de pena, inferior a 8 anos (art. 33, § 2º, "b", do CP), permitem, em tese, a fixação do regime semiaberto, a quantidade de drogas apreendidas, quase 5 quilos de "maconha" (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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

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

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

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

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0287274-2

HC 308.414 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00121000035369 00353625520108210001 121000035369 353625520108210001
70045285970

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	: ROGERIO RODRIGUES DA SILVA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE	: ROGERIO RODRIGUES DA SILVA (PRESO)
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
CORRÉU	: RAFAEL LOPES

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.