



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 413.288 - SP (2017/0210152-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RENATO ISNARD KHAIR
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELIAS MARCOS DA SILVA FERREIRA
PACIENTE : GUILHERME DE SANTANA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉUS QUE SE DEDICAM A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE, NATUREZA E DIVERSIDADE DOS ENTORPECENTES. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA.

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. A pretensão de desclassificação do crime de tráfico para o delito do art. 28 da Lei n. 11.340/2006 não pode ser apreciada por este Corte Superior de Justiça, na via estreita do *habeas corpus*, por demandar o exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos (Precedente).

3. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

4. Concluído pelas instâncias antecedentes, com fulcro na quantidade, na natureza e na diversidade dos entorpecentes apreendidos, assim como nos demais elementos constantes dos autos, que os pacientes se dedicam ao tráfico de entorpecentes, a alteração desse entendimento – para 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*. Precedentes.

5. Embora os pacientes sejam primários e a pena tenha sido estabelecida em 5 anos e 10 meses de reclusão, o regime inicial fechado é o adequado para a reprovação do delito, tendo em vista a expressiva quantidade, a natureza e a diversidade de drogas apreendidas, nos exatos termos dos arts. 42 da Lei de Drogas c/c o 33 do Código Penal.

6. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do atendimento do requisito objetivo, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

7. *Habeas corpus* não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2017 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 413.288 - SP (2017/0210152-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RENATO ISNARD KHAIR
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELIAS MARCOS DA SILVA FERREIRA
PACIENTE : GUILHERME DE SANTANA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **ELIAS MARCOS DA SILVA FERREIRA** e **GUILHERME DE SANTANA**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que os pacientes foram condenados às penas de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 583 dias-multa, como incursos nos arts. 33, *caput*, c.c o 40, VI, ambos da Lei n. 11.343/2006.

Em sede recursal, o Tribunal de origem negou provimento aos apelos defensivos.

Neste *writ*, alega a impetrante que os pacientes são meros usuários de drogas, de forma que suas condutas devem ser desclassificadas para o delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006. Aduz, subsidiariamente, não estar provado nos autos serem eles habituais na prática delitiva ou que integrem organização criminosa, sendo cabível, portanto, o redutor do tráfico privilegiado no patamar máximo.

Destaca ser desproporcional a imposição do regime mais gravoso e a negativa de aplicação da permuta legal, por serem favoráveis as circunstâncias judiciais.

Requer, assim, a desclassificação do delito de tráfico para de uso próprio. E, alternativamente, a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, no patamar máximo, o estabelecimento do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Liminar indeferida (e-STJ, fl. 76).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 84-85 e 126-127).

O Ministério Público Federal opinou pela manutenção da decisão impugnada (e-STJ, fls. 162-169).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 413.288 - SP (2017/0210152-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RENATO ISNARD KHAIR
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELIAS MARCOS DA SILVA FERREIRA
PACIENTE : GUILHERME DE SANTANA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉUS QUE SE DEDICAM A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE, NATUREZA E DIVERSIDADE DOS ENTORPECENTES. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA.

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. A pretensão de desclassificação do crime de tráfico para o delito do art. 28 da Lei n. 11.340/2006 não pode ser apreciada por este Corte Superior de Justiça, na via estreita do *habeas corpus*, por demandar o exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos (Precedente).
3. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).
4. Concluído pelas instâncias antecedentes, com fulcro na quantidade, na natureza e na diversidade dos entorpecentes apreendidos, assim como nos demais elementos constantes dos autos, que os pacientes se dedicam ao tráfico de entorpecentes, a alteração desse entendimento – para 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*. Precedentes.
5. Embora os pacientes sejam primários e a pena tenha sido estabelecida em 5 anos e 10 meses de reclusão, o regime inicial fechado é o adequado para a reprovação do delito, tendo em vista a expressiva quantidade, a natureza e a diversidade de drogas apreendidas, nos exatos termos dos arts. 42 da Lei de Drogas c/c o 33 do Código Penal.
6. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do atendimento do requisito objetivo, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.
7. *Habeas corpus* não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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.

Sob tal contexto, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesto constrangimento ilegal que autorize a concessão da ordem, de ofício.

Inicialmente, quanto à pretensão de desclassificação do delito de tráfico para o delito de porte para uso próprio, verifica-se que há testemunhos seguros, somados ao conjunto probatório trazido como fundamento na sentença condenatória e no acórdão recorrido (auto de apreensão e laudo de constatação), de que os pacientes foram surpreendidos na posse de 104 pedras de *crack* (24,7 g), 63 invólucros de cocaína (28,2 g), 105 invólucros de maconha (238,6 g), 766 pedras de *crack* (205 g); 212 invólucros de cocaína (89,7 g), 75 invólucros de maconha (136,4 g) e 2 invólucros de maconha (4,4 g), em desacordo com a lei ou norma regulamentar (e-STJ, fls. 14-19 e 48-54).

Destaca-se que o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou que, "para a ocorrência do elemento subjetivo do tipo descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, é suficiente a existência do dolo, assim compreendido como a vontade consciente de realizar o ilícito penal, o qual apresenta 18 (dezoito) condutas que podem ser praticadas, isoladas ou conjuntamente" (REsp 1.361.484/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/6/2014, DJe 13/6/2014).

Desse modo, apoiada a condenação pelo delito de tráfico de entorpecentes em prova suficiente, o acolhimento do pedido de desclassificação para a conduta prevista no art. 28 da Lei n. 11.340/2006 demanda o exame aprofundado dos fatos, o que é inviável em *habeas corpus*. (HC 392.153/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 1/6/2017, DJe 7/6/2017; HC 377414/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 2/2/2017).

Quanto ao inconformismo acerca da dosimetria penal, observa-se que a Corte de origem, ao negar provimento ao apelo defensivo, manteve afastada a incidência do redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, em decisão assim motivada:

"Não é o caso para o deferimento do redutor especial, assim como ponderado pelo juízo sentenciante.

É sabido que o legislador, ao editar a Lei n. 11.343/2006, objetivou dar tratamento diferenciado ao traficante ocasional, representado por aquele que não faz do tráfico o seu meio de vida, por merecer menor reprovabilidade e, consequentemente, tratamento mais benéfico do que o traficante habitual.

Em outras palavras, para a situação do mercador novato de pequena expressão, o chamado 'traficante de primeira viagem', como se pode qualificar aquele que possui 'estoque' diminuto para negociar durante um curto período e, em regra, suprir o próprio vício, é que a lei previu a benesse como forma de abrandar seu maior rigor punitivo.

A doutrina e a jurisprudência apontam situações caracterizadoras de atividades criminosas, tais como o fato de o agente estar respondendo a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

outros processos criminais, encontrar-se na posse de armas e apetrechos relacionados ao tráfico, como embalagens para porções individualizadas, ou, ainda, a quantidade e variedade das drogas apreendidas.

[...]

Logo, a par da recidiva específica de Diego que, por expressa força legal, impede a aplicação do redutor especial, tendo sido os sentenciados surpreendidos, em conhecido ponto de intensa traficância, na posse de exacerbada quantidade de drogas, de alto poder nocivo e destrutivo, com naturezas diversas (104 pedras de crack, 63 invólucros plásticos contendo cocaína; 105 invólucros plásticos contendo maconha; 766 pedras de crack; 212 invólucros plásticos contendo cocaína; 75 invólucros plásticos contendo maconha e 02 invólucros plásticos contendo maconha), sequer sopesadas na primeira etapa do cálculo da pena, todas embaladas de forma própria ao comércio imediato, e no poder de certa soma em dinheiro, de notas variadas, circunstâncias estas que sinalizam a prática habitual do tráfico de drogas, não era mesmo hipótese de outorga da benesse legal." (e-STJ, fls. 56-58).

A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organizações criminosas.

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico. (HC 401.121/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1/8/2017 e AgRg no REsp 1.390.118/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 30/5/2017).

In casu, a Corte de origem afastou a incidência da minorante, por entender que a quantidade, a natureza e a diversidade das drogas apreendidas - 104 pedras de *crack* (24,7 g), 63 invólucros plásticos de cocaína (28,2 g), 105 invólucros plásticos de maconha (238,6 g), 766 pedras de *crack* (205 g); 212 invólucros de cocaína (89,7g), 75 invólucros de maconha (136,4g) e 2 invólucros de maconha (4,4g) -, embaladas de forma própria para o comércio imediato, associadas às circunstâncias da prisão em flagrante, que se deu em ponto conhecido por intensa traficância e resultou na apreensão também de certa quantia de dinheiro, demonstram a habitualidade dos pacientes na prática delitiva do tráfico de entorpecentes .

Desse modo, assentado pelas instâncias antecedentes, soberanas na análise dos fatos, que os pacientes se dedicam ao tráfico de drogas, 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*.

A propósito:

"[...]

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS. NÃO PREENCHIMENTO. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO.

1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; d) não integre organização criminosas.

2. No caso, revela-se inviável a aplicação da aludida causa especial de diminuição, tendo em vista que as instâncias de origem concluíram, fundamentadamente, com esteio nas provas acostadas aos autos, notadamente nas circunstâncias em que se deu o flagrante, na confissão parcial do corréu, e na quantidade de entorpecentes apreendida, que se dedica a atividades criminosas. Precedentes.

[...]

2. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 384.936/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/3/2017, DJe 5/4/2017);

"*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. INTERROGATÓRIO. INÍCIO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. PROCEDIMENTO ESPECIAL DA LEI N. 11.343/2006. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. PENA-BASE. REDUÇÃO. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PROVIDÊNCIAS INÓCUAS. SÚMULA N. 231/STJ. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE OS PACIENTES DEDICAVAM-SE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

[...]

3. Concluído pela Corte de origem, com arrimo nos fatos da causa, que os pacientes dedicavam-se às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.

[...]

Habeas corpus denegado."

(HC 385.941/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/4/2017, DJe 8/5/2017).

Quanto ao regime prisional, também não assiste razão ao impetrante.

O Tribunal *a quo* manteve o modo mais gravoso em razão das circunstâncias concretas do delito, *in verbis*:

"Conserva-se o regime inicialmente fechado, porque mais adequado à espécie, aqui individualizado como necessário e suficiente, seja pela recidiva específica de Diego, seja para reprovação e prevenção do crime, tanto por fundamento na Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, quanto pelo desfavorecimento das circunstâncias e consequências fáticas concretamente recolhidas dos autos (elevada quantidade e naturezas diversificadas e destrutivas dos entorpecentes, forma de acondicionamento das substâncias, apreensão de importância em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dinheiro, sem qualquer prova de origem lícita, além das circunstâncias em que realizadas a abordagem, especialmente em local com intensa prática da traficância) aqui minudentemente aferidas." (e-STJ, fl.58).

A obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles equiparados **não mais subsiste**, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/7/2012).

Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenado por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Na hipótese, embora os pacientes sejam primários e a pena tenha sido estabelecida em 5 anos e 10 meses de reclusão, a expressiva quantidade, a natureza e a diversidade das drogas apreendidas justificam a imposição do regime inicial fechado.

Nesse sentido:

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

[...]

II - A circunstância judicial referente à quantidade e variedade da droga poderá incidir na primeira ou terceira fase da dosimetria da pena, para exasperar a pena-base, afastar a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, ou ainda para modular o nível de redução da pena, sempre de maneira não cumulativa. Precedentes.

III - O col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 - com redação dada pela Lei n. 11.464/2007. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, § 2º e § 3º, do Código Penal.

IV - Todavia, na espécie, a quantidade do entorpecente serviu de fundamento para afastar a incidência da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, bem como foi apresentada fundamentação concreta relativa à especial gravidade do delito praticado, o que impede a fixação do regime semiaberto unicamente em razão da quantidade da pena imposta. Precedentes.

Habeas corpus não conhecido."

(HC 386.827/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/5/2017, DJe 23/5/2017);

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006) NÃO APLICADA. QUANTIDADE DE DROGAS, CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO E PROCESSOS EM ANDAMENTO. DEDICAÇÃO DO RÉU



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. 11.343/2006 E ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. QUANTIDADE 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. DETRAÇÃO DA PENA. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

[...]

3. É pacífica nesta Corte 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, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal - CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo. A propósito, o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, que prevê: 'fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.' No mesmo sentido são os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam: 'A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada'; 'A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.' No caso dos autos, apesar das circunstâncias judiciais serem favoráveis (art. 59 do 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 de entorpecentes apreendidos (art. 42 da Lei n. 11.343/2006) 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. Inaplicáveis os enunciados n. 440 da Súmula do STJ e n. 718 e 719 da Súmula do STF.

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

[...]

Habeas corpus não conhecido."

(HC 383.435/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/3/2017, DJe 27/3/2017).

Por fim, mantido o *quantum* da sanção corporal em patamar superior a 4 anos, é inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

Diante do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0210152-4

HC 413.288 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00050161420168260635 20170000504761 50161420168260635 9542016

EM MESA

JULGADO: 28/11/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: RENATO ISNARD KHAIR
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ELIAS MARCOS DA SILVA FERREIRA
PACIENTE	: GUILHERME DE SANTANA
CORRÉU	: DIEGO EDUARDO DOS SANTOS

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 e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.