



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 315.578 - SP (2015/0023471-9)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : THALITA FERNANDA DA CRUZ BARRETO COSTA
ADVOGADO : THALITA FERNANADA DA CRUZ BARRETO COSTA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROBERT JULIAN DA SILVA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. ATO INFRACIONAL. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE DE DROGA. INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). NATUREZA E QUANTIDADE. 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. 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 organização criminosa.
3. Esta Corte é uníssona no sentido de que atos infracionais anteriores não podem ser sopesados na apuração de maus antecedentes para elevar a pena-base, tampouco para induzir a reincidência, entretanto, tem evoluído, entendendo que os antecedentes infracionais podem indicar uma inclinação do agente a práticas delitivas. Precedentes.
4. Desde que devidamente comprovado, o envolvimento reiterado do paciente, quando menor, em atos infracionais, inclusive relacionados ao crime de tráfico, é elemento idôneo a afastar a aplicação da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, uma vez que demonstra uma propensão do agente a práticas criminosas.
5. Na falta de indicação pelo legislador de balizas para o *quantum* de redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição do patamar de redução ou, até mesmo, no impedimento da aplicação da minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. Precedentes.
6. Concluído pela Corte *a quo*, com fulcro na quantidade e natureza das drogas, assim como nos demais elementos colhidos na instrução, que o paciente se dedica ao tráfico ilícito de entorpecentes e integra organização criminosa, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de *habeas corpus*. Precedentes.

7. 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.

8. Embora o paciente seja primário e a pena tenha sido fixada em 5 (cinco) anos de reclusão, mais o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, o regime fechado mostra-se adequado para a prevenção e reparação do delito, tendo em vista a natureza e a quantidade das drogas apreendidas – 80 pedras de *crack* (67,17g) e 1 porção de cocaína (0,53g).

9. 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.

10. *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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 24 de maio de 2016(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 315.578 - SP (2015/0023471-9)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : THALITA FERNANDA DA CRUZ BARRETO COSTA
ADVOGADO : THALITA FERNANADA DA CRUZ BARRETO COSTA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROBERT JULIAN DA SILVA

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo, com pedido liminar, impetrado em benefício de **ROBERT JULIAN DA SILVA**, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, com incurso no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sendo a pena corporal substituída por restritivas de direitos.

Em grau recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo, bem como deu provimento ao apelo ministerial para afastar a aplicação do redutor pelo tráfico privilegiado, redimensionando a pena para 5 (cinco) anos de reclusão e o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa. Por fim, manteve o regime mais gravoso e afastou a conversão da pena corporal em restritiva de direitos.

Neste *writ*, a impetrante insurge-se contra a dosimetria da pena fixada, alegando que o Tribunal de origem "grosseiramente" afastou a fixação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, com base em "passagens anteriores, de quando era menor, por envolvimento com drogas".

Ao final, requer, inclusive liminarmente, "que seja concedido ao mesmo o direito de cumprir sua pena em outro regime alternativo à prisão, tendo em vista que quando da condenação de 01 (um) ano e 8 (oito) meses [...] alcançou a expectativa do mecanismo ressocializador da pena e se recuperou".

Pugna ainda "que o mesmo seja agraciado com a concessão de prisão domiciliar".
Liminar indeferida (e-STJ, fls. 138-141).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 147-148).

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem, de ofício, para fixar o regime semiaberto (e-STJ, fls. 190-192).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 315.578 - SP (2015/0023471-9)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : THALITA FERNANDA DA CRUZ BARRETO COSTA
ADVOGADO : THALITA FERNANDA DA CRUZ BARRETO COSTA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROBERT JULIAN DA SILVA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. ATO INFRACIONAL. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE DE DROGA. INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). NATUREZA E QUANTIDADE. 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. 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 organização criminosa.
3. Esta Corte é uníssona no sentido de que atos infracionais anteriores não podem ser sopesados na apuração de maus antecedentes para elevar a pena-base, tampouco para induzir a reincidência, entretanto, tem evoluído, entendendo que os antecedentes infracionais podem indicar uma inclinação do agente a práticas delitivas. Precedentes.
4. Desde que devidamente comprovado, o envolvimento reiterado do paciente, quando menor, em atos infracionais, inclusive relacionados ao crime de tráfico, é elemento idôneo a afastar a aplicação da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, uma vez que demonstra uma propensão do agente a práticas criminosas.
5. Na falta de indicação pelo legislador de balizas para o *quantum* de redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição do patamar de redução ou, até mesmo, no impedimento da aplicação da minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. Precedentes.
6. Concluído pela Corte *a quo*, com fulcro na quantidade e natureza das drogas, assim como nos demais elementos colhidos na instrução, que o paciente se dedica ao tráfico ilícito de entorpecentes e integra organização criminosa, 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*. Precedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. 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.
8. Embora o paciente seja primário e a pena tenha sido fixada em 5 (cinco) anos de reclusão, mais o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, o regime fechado mostra-se adequado para a prevenção e reparação do delito, tendo em vista a natureza e a quantidade das drogas apreendidas – 80 pedras de *crack* (67,17g) e 1 porção de cocaína (0,53g).
9. 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.
10. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

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

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.

Passo à análise das alegações da impetrante.

Da análise dos autos, verifica-se que o Tribunal *a quo*, ao reformar a sentença condenatória, afastou o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, pelos seguintes fundamentos (e-STJ, fls. 115-117):

"Assim, fixada pelo magistrado de piso, em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa no piso.

Em seguida, a despeito do reconhecimento da atenuante da menoridade esta, acertadamente, não surtiu reflexo na pena imposta, em face da Sumula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Considerando o fato de ser primário, foi-lhe aplicado o redutor de 2/3 em face do disposto no artigo 33, § 4º da Lei 11.343/06, entretanto, impossível se mostra tal aplicação.

A primariedade do apelante não é causa bastante para que se opere tal redução, devendo ser examinados todos os requisitos subjetivos para que tal se dê, o que não se encontra presente no caso em tela.

Vale ressaltar que o apelante em seu interrogatório judicial asseverou que ostenta passagens anteriores, de quando era menor, por envolvimento com drogas.

Tal fato encontra-se comprovado a fls. 87/89, demonstrando que após a maioridade o acusado continuou a incursionar nessa prática delitiva, o que é bastante para a comprovação de que se dedica a prática de atividades criminosas, fator determinante para afastar-se a benesse condita no artigo 33, § 4º da Lei de Drogas.

Soma-se a isto, a expressiva quantidade de *crack* apreendida dentro de sua cueca, o que também desaconselha tal benesse.

Recentemente o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a elevada quantidade de droga pode ser um indicativo de participação do réu em organização criminosa, afastando a aplicação do § 4º, artigo 33 da Lei nº



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/06, mesmo em se tratando de réu primário, com bons antecedentes: [...]

Feitas tais considerações e afastada a causa de diminuição contida no artigo 33, § 4º da Lei 11.343/06 temos que a pena a ser imposta ao apelante perfaz um total de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, no piso tornada assim definitiva."

Nos termos 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 integrarem organizações criminosas.

Na hipótese dos autos, observa-se que as instâncias ordinárias concluíram pela dedicação do paciente à prática de atividades ilícitas e pela sua participação em organização criminosa, levando em consideração as provas obtidas nos autos, sobretudo o cometimento de atos infracionais e a quantidade de droga apreendida – 80 pedras de *crack* (67,17g) e 1 porção de cocaína (0,53g).

No tocante à consideração de atos infracionais anteriores na dosimetria da pena, esta Corte é uníssona no sentido de que não podem ser sopesados na apuração de maus antecedentes para elevar a pena-base, tampouco para induzir a reincidência. Entretanto, este Tribunal tem evoluído, entendendo que os antecedentes infracionais podem indicar uma inclinação do agente a práticas delitivas, sendo inclusive, fundamento idôneo para manutenção da segregação cautelar.

Nesse sentido:

"RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ROUBO MAJORADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. EXCESSO DE PRAZO NA CONVERSÃO DO FLAGRANTE EM PREVENTIVA. AVENTADA NULIDADE DA SEGREGAÇÃO. SUPERVENIÊNCIA DO DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA. TESE SUPERADA. ADVENTO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. NEGATIVA DO APELO EM LIBERDADE. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. GRAVIDADE CONCRETA. REGISTRO DE ENVOLVIMENTO ANTERIOR EM OUTROS DELITOS E ATOS INFRACIONAIS. REITERAÇÃO DELITIVA. RISCO EFETIVO. PERICULOSIDADE SOCIAL DOS AGENTES. RÉUS QUE PERMANECERAM PRESOS DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INADEQUAÇÃO E INSUFICIÊNCIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. AUSÊNCIA DE INCOMPATIBILIDADE COM A CONSTRIÇÃO PROCESSUAL. ADEQUAÇÃO DA CUSTÓDIA COM O MODO DE EXECUÇÃO FIXADO JÁ EFETUADA PELA CORTE ESTADUAL POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO CRIMINAL. COAÇÃO ILEGAL AUSENTE. RECLAMO IMPROVIDO. [...]

4. O fato de os agentes ostentarem registros anteriores pela prática de outros delitos, bem como por atos infracionais, é circunstância que revela que não são neófitos na vida criminal, corroborando o *periculum libertatis* exigido para a preventiva.

5. A prática de atos infracionais anteriores autoriza a prisão preventiva a bem da ordem pública, haja vista evidenciar a personalidade voltada à criminalidade e o fundado receio de reiteração.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

11. Recurso improvido."

(RHC 55996/BA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 4/3/2016.)

"RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO (DESTRUIÇÃO DE OBSTÁCULO À SUBTRAÇÃO DA COISA E CONCURSO DE PESSOAS) POR DUAS VEZES. PRISÃO PREVENTIVA. PERICULOSIDADE CONCRETA DOS AGENTES. FUNDADO RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA.

1. Inexiste constrangimento ilegal quando a prisão cautelar está devidamente amparada, de um lado, na periculosidade concreta dos agentes, evidenciada pelo *modus operandi* empregado na prática dos crimes e pelo destemor e pela ousadia do comportamento deles, de outro lado, no fundado risco de reiteração delitiva.

2. O histórico criminal do acusado, a revelar verdadeiro receio de repetição da prática criminosa, autoriza, por si só, o decreto de prisão preventiva como forma de garantir a ordem pública, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

3. A existência de atos infracionais cometidos, apesar de não ser considerada para a apuração de maus antecedentes e de reincidência, serve para demonstrar a periculosidade do agente e sua propensão ao cometimento de delitos. Precedentes.

4. Recurso em habeas corpus improvido."

(RHC 55736/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 24/4/2015.)

É certo que, em relação às causas de aumento e diminuição de pena, a Sexta Turma desta Corte tem entendido que a constatação de atos infracionais não é óbice à aplicação do redutor do previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, visto que "o comportamento carente de capacidade de entendimento/autodeterminação não se presta a aumentar a pena ou [...] configurar óbice à aplicação da causa especial de diminuição de pena". Nesse sentido:

"*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CONCESSÃO DA LIBERDADE. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. PLEITO PREJUDICADO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NEGATIVA. FEITOS EM CURSO. PRÉVIAS CONDENAÇÕES POR ATOS INFRACIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. PLEITO DE FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. ANÁLISE PREJUDICADA. *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE PREJUDICADO E, NO MAIS, NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

[...]

3. É inviável negar a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, 4º, da Lei n.º 11.343/2006 amparando-se na pendência de feitos criminais em curso, haja vista que é pacífica a jurisprudência deste Sodalício no sentido de que inquéritos policiais ou ações penais sem trânsito em julgado não podem ser considerados para se firmar um juízo negativo sobre antecedentes, conduta social e a personalidade, sob pena de se vulnerar a garantia da presunção de inocência.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. O Direito Penal, dadas as conquistas liberais, estabelece a distinção entre as respostas penais: para imputáveis, à luz da culpabilidade, cominam-se penas; para inimputáveis, de acordo com a periculosidade, são estabelecidas medidas educativas/curativas. Diante deste modelo, é impossível exacerbar/deixar de reduzir a reprimenda criminal com base em passagens pela Vara da Infância; isto porque, assim se entendendo, confundem-se grandezas distintas - culpabilidade e periculosidade. O comportamento carente de capacidade de entendimento/autodeterminação não se presta a aumentar a pena ou, tal como no caso concreto, configurar óbice à aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

5. Diante da possibilidade de alteração da dosimetria do paciente, resta prejudicada a análise do pleito de estabelecimento do regime inicial semiaberto, tendo em vista que a matéria será novamente analisada quando na nova fixação da reprimenda corporal.

6. *Habeas corpus* parcialmente prejudicado e, no mais, não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de, afastado os óbices utilizados para negar a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 - a existência de prévias condenações por atos infracionais e de feitos criminais em curso -, determinar ao Juízo da execução que proceda à nova análise acerca da possibilidade de aplicação do aludido redutor, examinando, ainda, a possibilidade de substituição da pena privativa, nos termos do art. 44 do Código Penal, e de fixação de regime inicial de cumprimento da pena diverso do fechado, à luz do art. 33 e parágrafos do Código Penal."

(HC 301068/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 17/12/2014.)

Entretanto, considerando que um dos requisitos para concessão da benesse é o agente não se dedicar a atividades criminosas, é certo que o envolvimento do paciente quando menor em atos infracionais, inclusive relacionados ao crime de tráfico, é elemento idôneo a afastar a aplicação da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, uma vez que demonstra uma propensão do agente a práticas criminosas.

A propósito, o seguinte precedente:

"*HABEAS CORPUS*. DOSIMETRIA. NARCOTRÁFICO. BENEFÍCIO DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. EXISTÊNCIA DE ANOTAÇÕES PELA PRÁTICA DE ATOS INFRACIONAIS EQUIPARADOS AO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DE UM DOS REQUISITOS LEGAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO.

1. Embora atos infracionais não possam ser considerados como maus antecedentes e nem se prestem para induzir a reincidência, inviável a aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 quando demonstrado que a paciente praticou, de forma reiterada, diversos atos infracionais, inclusive relacionados ao tráfico de entorpecentes, vez que tais elementos "servem para demonstrar a propensão da agente ao cometimento de delitos dessa natureza" e a sua dedicação a atividades criminosas, deixando de preencher um dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

requisitos legais para a incidência do benefício.

2. Ordem denegada."

(HC 121509/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 29/3/2010.)

Neste caso, no entanto, constata-se que não há nos autos prova suficiente que indique que o paciente, quando menor, praticava atos infracionais reiteradamente, tendo tanto o Ministério Público estadual quanto o Tribunal de origem se apoiado tão somente em uma representação oferecida por ato infracional análogo ao delito de tráfico de drogas, praticado no ano anterior à imputação aqui analisada (e-STJ, fls. 23-25).

Desse modo, sem a demonstração, no caso concreto, com base em seus antecedentes infracionais, de que o paciente se dedique a praticas delitivas, não pode a causa especial de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, ser afastada com base tão somente nos atos infracionais.

Ocorre que, na hipótese, a Corte *a quo* valeu-se também da quantidade dos entorpecentes apreendidos – 80 pedras de *crack* (67,17g) e 1 porção de cocaína (0,53g) – para fundamentar a não aplicação do redutor pelo tráfico privilegiado.

Quanto a esse tema, os Tribunais Superiores têm decidido que, na falta de indicação pelo legislador de balizas para o *quantum* de redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da aplicação da minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes (AgRg no AREsp 628.686/MG, Rel. Ministra MARIA TEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 2/3/2015).

Assim, concluído pela instância antecedente, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito e nos demais elementos colhidos na instrução, que o paciente se dedica a atividades ilícitas, bem como que há indícios que integre organização criminosa, 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 esse respeito:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. OBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 3º, DO CP. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do(a) acusado(a), que este(a) não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.

2. Não há 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.

3. Para acolher a tese defensiva de que o acusado não se dedica a atividades criminosas, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência vedada na via estreita do *habeas corpus*.

4. À vista da pena final aplicada (5 anos de reclusão) e da quantidade e natureza das drogas, revela-se correta a fixação do regime inicial fechado, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

teor do art. 33, § 3º, do CP, pois a escolha do regime de cumprimento da pena deu-se com observância dos critérios legais, previstos no art. 42 da Lei de Drogas.

5. Ordem não conhecida."

(HC 316.802/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 02/06/2015.)

Em relação ao regime prisional e à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a Corte *a quo* entendeu por fixar o regime mais gravoso com base no art. 1º da Lei n. 11.464/2007, por se tratar de crime hediondo, não sendo cabível a substituição da pena em razão da quantidade da pena aplicada (e-STJ, fls. 118).

Convém destacar que a obrigatoriedade do cumprimento inicial em regime 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.

No caso, o Tribunal estadual manteve o regime mais gravoso com base tão somente na hediondez do delito.

Com efeito, a reiterada jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que "a gravidade abstrata do delito de tráfico de entorpecentes não serve de fundamento para a fixação do regime inicial fechado, tampouco para a negativa do benefício da liberdade provisória, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, e de parte do art. 44 da Lei n. 11.343/2006. 3. O discurso judicial que se apresenta puramente teórico, carente de real elemento de convicção não justifica o regime inicial mais severo para o cumprimento da pena privativa de liberdade." (HC 327.726/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 16/12/2015.)

Entretanto, embora o paciente seja primário e a pena tenha sido estabelecida em 5 (cinco) anos de reclusão, mais o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, o regime fechado (imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o adequado para a prevenção e reparação do delito, haja vista a natureza e a quantidade de drogas apreendidas – 80 pedras de *crack* (67,17g) e 1 porção de cocaína (0,53g).

Sobre isso, o seguinte precedente:

"RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO INTERNACIONAL ILÍCITO DE ENTORPECENTES (HIPÓTESE). REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA (FECHADO). NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA (CRITÉRIO IDÔNEO PARA A FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO).

[...]

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

[...]

6. Recurso ordinário a que se nega provimento."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(RHC 63.129/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 07/10/2015.)

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

Por fim, no que se refere ao pleito de concessão de regime domiciliar, consigna-se que a impetrante não apresentou qualquer elemento que demonstre que o paciente se enquadre em uma das hipóteses previstas no art. 117 da Lei n. 7.210/1984, tampouco acostou aos autos qualquer meio de prova a comprovar a situação, o que impede a análise por esta Corte, seja por não ter demonstrada a coação ilegal, seja por não ter apresentado a prova pré-constituída das alegações, exigida em sede de *habeas corpus*.

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0023471-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 315.578 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00167737420128260625 14422012 16112011 167737420128260625
20018469620158260000 20140000606342 20150000031968

EM MESA

JULGADO: 24/05/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSE ADONIS CALLOU DE ARAUJO SA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : THALITA FERNANDA DA CRUZ BARRETO COSTA
ADVOGADO : THALITA FERNANADA DA CRUZ BARRETO COSTA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROBERT JULIAN DA SILVA

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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.