



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 297.621 - SP (2014/0153574-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ALINE TOYAMA SHIRAKI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLEITON ALVES DEODATO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS DO DELITO. REINCIDÊNCIA. 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 a justificar a concessão da ordem de ofício.
2. Tendo o paciente cumprido a pena definitiva anterior, o prazo de extinção dos efeitos da reincidência passa a ser computado da data do cumprimento da pena ou da extinção punibilidade e não mais da data do trânsito em julgado.
3. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade, o que não é o caso dos autos.
4. No termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no *quantum* aplicado.
5. Hipótese em que, nos termos do art. 59, do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, as instâncias ordinárias, na primeira etapa da dosimetria, fixaram a pena-base em 5 anos e 10 meses, considerando como desfavoráveis, além da personalidade e dos maus antecedentes do paciente, por condenação definitiva anterior, a quantidade e a natureza da droga apreendida - 30 papérolas plásticas com maconha e 7 pedras de *crack* -, o que não se mostra desproporcional.
6. Os requisitos legais para a incidência da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, de um sexto a dois terços, são: agente reconhecidamente primário, com bons antecedentes e que não se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. Este Tribunal Superior firmou o entendimento no sentido de que, na falta de indicação pelo legislador das 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 incidência da minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

8. *In casu*, tendo as instâncias antecedentes concluído, motivadamente, pela dedicação do paciente a atividades ilícitas, levando em consideração as circunstâncias fáticas do delito, as provas obtidas nos autos e a quantidade, a diversidade e a natureza das drogas apreendidas, e considerando o fato da paciente possuir maus antecedentes, torna-se incabível a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, porquanto não preenchidos os requisitos legais.

9. Tendo sido a pena-base fixada acima do mínimo legal (5 anos e 10 meses de reclusão), em razão dos maus antecedentes e da quantidade e da natureza da droga apreendida, há na hipótese circunstâncias concretas que autorizam a fixação do regime mais gravoso, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, e do art. 42 da Lei de Drogas, sendo certo que a reincidência do réu somada ao *quantum* da pena aplicado, por si só, tornam incabível a alteração do regime prisional para o aberto ou semiaberto a teor do art. 33, § 2º, "b", do CP.

10. 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.

11. *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), 28 de junho de 2016(Data do Julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 297.621 - SP (2014/0153574-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ALINE TOYAMA SHIRAKI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLEITON ALVES DEODATO

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo, com pedido liminar, impetrado em favor de **CLEITON ALVES DEODATO**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta nos autos que o paciente foi condenado à pena de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 657 (seiscentos e cinquenta e sete) dias-multa, com incurso no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, VI, ambos da Lei n. 11.343/2006.

Em sede recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo.

Neste *writ*, a impetrante insurge-se contra a dosimetria da pena fixada, alegando que não há nos autos informação de que o processo anterior tenha transitado em julgado, sendo indevida sua utilização como Maus Antecedentes para agravar a pena-base do paciente, nos termos da Súmula 444 do STJ, assim como para afastar a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Alega, ainda, que a natureza e a quantidade de drogas apreendidas não fogem dos padrões normais do delito, não sendo fundamento idôneo para agravar a pena-base, tampouco para afastar a aplicação da causa especial de diminuição de pena pelo tráfico privilegiado.

Aduz que a fixação do regime mais gravoso com base tão somente na gravidade abstrata do delito viola as Súmulas 718 e 719 do STF, destacando que o fato de o crime de tráfico ser equiparado a hediondo não impede a modificação do regime prisional, nos termos do entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal, que declarou a inconstitucionalidade da antiga redação do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, cabendo, na hipótese, a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

Requer, liminarmente, que o paciente aguarde o julgamento deste *writ* no regime semiaberto.

Ao final, pugna pela fixação da pena-base no mínimo legal, pela aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, bem como pela fixação do regime menos gravoso e sua substituição por restritivas de direitos.

Liminar indeferida (e-STJ, fls. 55-57).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 65-66 e 83-84).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus* ou pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 136-139).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 297.621 - SP (2014/0153574-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ALINE TOYAMA SHIRAKI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLEITON ALVES DEODATO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS DO DELITO. REINCIDÊNCIA. 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 a justificar a concessão da ordem de ofício.
2. Tendo o paciente cumprido a pena definitiva anterior, o prazo de extinção dos efeitos da reincidência passa a ser computado da data do cumprimento da pena ou da extinção punibilidade e não mais da data do trânsito em julgado.
3. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade, o que não é o caso dos autos.
4. No termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no *quantum* aplicado.
5. Hipótese em que, nos termos do art. 59, do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, as instâncias ordinárias, na primeira etapa da dosimetria, fixaram a pena-base em 5 anos e 10 meses, considerando como desfavoráveis, além da personalidade e dos maus antecedentes do paciente, por condenação definitiva anterior, a quantidade e a natureza da droga apreendida - 30 papelotes plásticos com maconha e 7 pedras de *crack* -, o que não se mostra desproporcional.
6. Os requisitos legais para a incidência da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, de um sexto a dois terços, são: agente reconhecidamente primário, com bons antecedentes e que não se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa.
7. Este Tribunal Superior firmou o entendimento no sentido de que, na falta de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indicação pelo legislador das 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, não impedimento da incidência da minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

8. *In casu*, tendo as instâncias antecedentes concluído, motivadamente, pela dedicação do paciente a atividades ilícitas, levando em consideração as circunstâncias fáticas do delito, as provas obtidas nos autos e a quantidade, a diversidade e a natureza das drogas apreendidas, e considerando o fato da paciente possuir maus antecedentes, torna-se incabível a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, porquanto não preenchidos os requisitos legais.

9. Tendo sido a pena-base fixada acima do mínimo legal (5 anos e 10 meses de reclusão), em razão dos maus antecedentes e da quantidade e da natureza da droga apreendida, há na hipótese circunstâncias concretas que autorizam a fixação do regime mais gravoso, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, e do art. 42 da Lei de Drogas, sendo certo que a reincidência do réu somada ao *quantum* da pena aplicado, por si só, tornam incabível a alteração do regime prisional para o aberto ou semiaberto a teor do art. 33, § 2º, "b", do CP.

10. 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.

11. *Habeas corpus* não conhecido.

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.

Nesse contexto, passo ao exame das supostas ilegalidades apontadas pela defesa. Eis o teor da sentença condenatória (e-STJ, fls. 25-26):

"Passo à fixação das penas. Tendo em vista as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal e art. 42 da lei nº 11.343/06 e, atentando-se principalmente para sua culpabilidade, e; nesse caso, para o fato do réu ter tido condições de entender o caráter ilícito de sua conduta e de comportar-se de acordo com esse entendimento, até mesmo porque já havia sido processado por outro crime; para os seus antecedentes e, nesse aspecto, atentando-se para o fato dele já ter sido condenado por crime de furto, na cidade de Recife (folha de antecedentes juntada no apenso), tendo praticado este crime de tráfico após poucos meses de ter cumprido sua pena pelo outro crime, a evidenciar que possui uma personalidade perigosa e deturpada, porque voltada para a prática de crimes e, levando-se em conta, ainda, que em poder dele foi localizada mais de uma espécie de droga (maconha e "crack"), além do fato de serem substâncias com alto teor lesivo à saúde, circunstâncias essas que tornam mais reprovável a sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conduta, já que demonstram o enorme grau de envolvimento do réu com o comércio de entorpecente, entendo por bem fixar a pena-base para o crime previsto na Lei de Entorpecente em um sexto acima do mínimo legal, ou seja, em cinco anos e dez meses de reclusão, além de 563 dias- multa. Não há circunstâncias agravantes ou atenuantes para serem reconhecidas. Levando-se em conta que o crime envolvia adolescentes, reconheço estar presente a causa especial de aumento de pena prevista no art. 40, inciso VI da Lei, razão pela qual aumento a pena em um sexto, o que perfaz seis anos, nove meses e vinte dias de reclusão e 657 dias-multa. Por fim, deixo de reconhecer a causa especial de diminuição da pena, prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006, porquanto além do réu ostentar antecedente criminal, a quantidade e qualidade de drogas apreendidas em poder dele são fortes indicadores de que ele estava se dedicando a esta atividade criminosa e tentando fazer dessa prática criminosa o seu meio de vida, considerando a realidade brasileira, não preenchendo, assim, os requisitos do art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06. O valor unitário do dia multa é fixado no mínimo legal, em virtude da situação econômica do réu, retratada nos autos. Nos termos do que dispõe o art. 2º., parág. 1º. da Lei 8072/90, com a nova redação dada pela Lei nº 11.464/07, o regime para o cumprimento desta pena será o inicialmente fechado, uma vez que o crime é equiparado a hediondo. **POSTO ISSO**, e por tudo mais que consta dos autos, **JULGO PROCEDENTE A DENÚNCIA**, para condenar **CLEITON ALVES DEODATO**, RG nº 61.175.472, por incurso no artigo 33, "caput", cc. artigo 40, inciso VI, ambos da Lei nº 11.343/06, à pena de 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 657 (seiscentos e cinquenta e sete) dias-multa, esses fixados em seu valor unitário mínimo legal." (grifou-se).

Por sua vez, a Corte *a quo* negou provimento ao apelo defensivo, pelos seguintes fundamentos (e-STJ, fls. 37-40):

"No tocante às penas aplicadas, restaram bem dosadas e fundamentadas, não comportando qualquer reparo.

Preliminarmente, deve ser afastada a alegação de que a condenação anterior não transitou em julgado. A Certidão de fls. 11/12 do apenso indica a condenação do acusado por furto qualificado, sendo que o término do cumprimento da pena ocorreu em 21/04/2011, três meses antes dos fatos em análise. O próprio acusado também afirma que já havia cumprido a pena à época dos fatos (fl. 110).

Tal Certidão, a configurar antecedentes desfavoráveis ao acusado, foi considerada para a fixação da pena base em um sexto acima do patamar mínimo legal pelo d. Magistrado *a quo*, aliada à culpabilidade e à personalidade do agente, bem como à variedade dos entorpecentes apreendidos, de sorte que a exasperação operada restou bem delineada e explanada na r. decisão ora combatida.

Aliás, valorada a referida condenação na segunda fase da dosimetria como reincidência, a reprimenda restaria em montante superior ao fixado, de modo que o acusado, em verdade, foi beneficiado. Entretanto, à minguada de recurso ministerial nesse sentido, a pena deve permanecer intacta nesta oportunidade.

Diferente do sustentado pela combativa Defesa, a quantidade de drogas e o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

antecedente não foram valorados na segunda e na terceira fases da dosimetria, não havendo que se falar em *bis in idem*.

No segundo estágio, o d. juiz de primeiro grau assinalou na r. sentença não haver circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem reconhecidas.

Na terceira etapa, a pena restou exasperada um sexto em razão da causa especial de aumento de pena prevista no art. 40, VI, da Lei de Drogas, vez que a participação dos adolescentes Rafael e Fábio restou claramente demonstrada no acervo probatório amealhado aos autos, de modo que é impossível a pretendida exclusão da majorante.

Vale anotar que não prospera a alegação de ausência de prova documental da menoridade dos adolescentes, pois é verificada em suas qualificações às fls. 08/09, integrando o Auto de Prisão em Flagrante Delito, documento fidedigno e exarado por autoridade competente.

No que tange ao pleito de aplicação do redutor previsto no art. 33, §4º, da Lei de Drogas, em grau máximo, este também não merece acolhida. Ocorre que esta C. Câmara tem firmado entendimento no sentido de não ser possível a concessão da mencionada benesse em casos tais em que a quantidade e natureza da substância revelem inadequada a medida.

De fato, não era mesmo o caso de aplicação do mencionado redutor, haja vista que as circunstâncias do caso concreto, especialmente ante a natureza devastadora que tem o “crack”, nos termos do art. 42 da mesma lei, hão de impedir a diminuição da reprimenda. Há de se observar, ainda, os antecedentes desfavoráveis ao réu e a quantidade razoável de entorpecentes apreendida, dezenas de porções individuais, fatores já mencionados na Visa a lei, dentre outros objetivos, atingir, com tal redução, o traficante não habitual, que acaba de se inserir no universo do crime, cuja quantidade, variedade e natureza da droga localizada em seu poder se apresenta capaz de atingir apenas pequeno número de pessoas, e com menor grau de devastação, punindo, em contrapartida, com maior rigor, aqueles que representam maior risco à sociedade, pelas razões inversas. Assim, as particularidades do caso em análise, citadas acima, não autorizam a diminuição da reprimenda, sob pena de afastar-se o julgador do verdadeiro escopo legal."

Inicialmente, consigno que não deve prosperar alegação de não haver nos autos prova da definitividade da condenação anterior, visto que, conforme bem salientado pela Corte de origem e pela análise da folha de antecedentes (e-STJ, fls. 44-52), o paciente cumpriu, em 21/4/2011, pena definitiva de 3 anos de reclusão, pela prática do delito do art. 155, § 4º, I, do Código Penal, de forma que o prazo de extinção dos efeitos da reincidência passa a ser computado da data do cumprimento da pena e não mais da data do trânsito em julgado. (*Vide* HC 319.708/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 13/5/2015).

Como cediço, a individualização da pena, como atividade discricionária vinculada do julgador, será revista apenas nas hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, quando não observados os parâmetros estabelecidos na legislação de regência e o princípio da proporcionalidade.

Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no *quantum* aplicado.

Quanto à exasperação da pena-base, da leitura dos excertos, não verifico o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

alegado constrangimento ilegal, haja vista que instâncias ordinárias, motivadamente, fixaram a pena-base em 5 anos e 10 meses, considerando como desfavoráveis, além da personalidade e dos maus antecedentes do paciente, por condenação definitiva anterior, a quantidade e a natureza da droga apreendida - 30 papérolas plásticas com maconha e 7 pedras de *crack*-, nos termos do art. 59, do Código Penal, e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, o que não se mostra desproporcional.

Nesse sentido:

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À SANÇÃO CORPORAL TOTAL DE 6 ANOS DE RECLUSÃO. QUANTIDADE CONSIDERÁVEL DA DROGA E MAUS ANTECEDENTES. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AUSÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM QUE O PACIENTE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. REGIME MAIS GRAVOSO MANTIDO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE ENSEJAM A NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO APONTADA PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

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

– Consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, na fixação da pena do crime de tráfico de drogas, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente. No caso, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da quantidade e da natureza do entorpecente apreendido e dos antecedentes do paciente.

– Esta Corte tem entendimento firmado no sentido que o período depurador de cinco anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, afasta a reincidência, mas não a consideração negativa dos antecedentes.

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

– Inexiste constrangimento ilegal no ponto em que, fundamentadamente, não foi aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, à vista de elementos concretos que indicaram a dedicação do acusado à atividade criminosa do tráfico. Modificar tal entendimento importa revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do *writ*.

– O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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/STF.

– Há de ser afastado o fundamento da hediondez do delito na fixação do regime fechado. Contudo, no caso, considerando-se que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em 6 anos de reclusão, em razão dos maus antecedentes e da quantidade e nocividade da droga apreendida, há circunstância concreta que recomenda o regime mais gravoso, 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.

– *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 338.956/SP, Min. Relator REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 9/12/2015).

Quanto à causa especial de diminuição de pena, nos termos do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas poderão ter 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 organização criminosa.

Neste contexto, este Tribunal Superior firmou o entendimento no sentido de que, na falta de indicação pelo legislador das 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 incidência da minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

In casu, observa-se que as instâncias antecedentes concluíram, motivadamente, pela dedicação do paciente a atividades ilícitas, levando em consideração as circunstâncias fáticas do delito, as provas obtidas nos autos e a quantidade, a diversidade e a natureza das drogas apreendidas, tendo somando a isso o fato de o paciente possuir maus antecedentes, para deixar de aplicar o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Assim, não tendo o paciente preenchido os requisitos legais, torna-se incabível a aplicação da benesse do tráfico privilegiado.

A propósito:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES ANTERIORES. DECURSO DO PRAZO PREVISTO NO ART. 64, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. MAUS ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIA QUE IMPEDE A APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MAUS ANTECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Não há ilegalidade a ser reconhecida no tocante à fixação da pena-base acima do mínimo legal em razão da existência de maus antecedentes. À luz do art. 64, inciso I, do Código Penal, ultrapassado o lapso temporal superior a 5 anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, as condenações penais anteriores não prevalecem para fins de reincidência. Podem, contudo, ser consideradas como maus antecedentes, nos termos do art. 59 do Código Penal.

3. Inaplicável a causa especial de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, na medida em que, conforme consignado pelas instâncias ordinárias, de forma devidamente fundamentada, o paciente não preenche os requisitos legais, porquanto ostenta maus antecedentes.

4. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 7 anos de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

5. Devidamente fundamentada imposição do regime inicial fechado, com base em dados concretos dos autos, diante da existência de circunstância judicial desfavorável, a saber, a existência de condenação anterior pelo delito de tráfico de drogas, reconhecida a título de maus antecedentes, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

6. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 292.810/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 19/11/2014).

Ademais, cabe ressaltar que, reconhecida a reincidência do paciente, é incabível a incidência do tráfico privilegiado, segundo a jurisprudência já pacificada desta Corte. (A esse respeito: HC 245.009/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 04/02/2014, DJe de 17/02/2014; HC 237.214/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe de 29/06/2012; HC 178.933/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe de 09/03/2011.)

Quando ao regime prisional, melhor sorte não socorre ao paciente, visto que a Corte *a quo*, ao fixar o regime fechado, além do caráter hediondo do delito, consignou que "as peculiaridades do caso não permitem a fixação de regime mais brando, tampouco substituição da pena corporal por restritivas de direitos" (e-STJ, fl. 40).

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

No caso, não se verifica constrangimento ilegal a ser sanado, haja vista que, tendo sido a pena-base fixada acima do mínimo legal (5 anos e 10 meses de reclusão), em razão dos maus antecedentes e da quantidade e da natureza da droga apreendida, há na hipótese circunstâncias concretas que autorizam a fixação do regime mais gravoso, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, e do art. 42 da Lei de Drogas, sendo certo que a reincidência do réu somada ao *quantum* da pena aplicado, por si só, tornam incabível a alteração do regime prisional para o aberto ou semiaberto a teor do art. 33, § 2º, "b", do CP, assim como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0153574-3

HC 297.621 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00647369120118260050 050110647360 11652011 12992011 20140000056606
50110647360 647369120118260050 793386

EM MESA

JULGADO: 28/06/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

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 : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ALINE TOYAMA SHIRAKI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLEITON ALVES DEODATO

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.