



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 516.780 - SP (2019/0178412-3)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
AGRAVANTE : GUSTAVO HENRIQUE PEREIRA
ADVOGADO : DJALMA FREGNANI JUNIOR - SP169098
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. REFAZIMENTO. EXCEPCIONALIDADE. CRITÉRIO TRIFÁSICO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06). NÃO APLICAÇÃO. DEDICAÇÃO DO AGRAVANTE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. *BIS IN IDEM*. INOVAÇÃO RECURSAL. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E INFERIOR A 8 ANOS. REGIME FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. CONCEDIDO O REGIME SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PEDIDO PREJUDICADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O refazimento da dosimetria da pena em *habeas corpus* tem caráter excepcional, somente sendo admitido quando se verificar de plano e sem a necessidade de incursão probatória, a existência de manifesta ilegalidade ou abuso de poder.

2. Quanto à causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias para não aplicá-la ao caso concreto em razão da dedicação do agravante à atividade criminosa, evidenciada sobretudo pela realização da prisão em conhecido ponto de traficância e pela quantidade de drogas apreendidas – 18 porções de maconha pesando 40g, 20 porções de cocaína e 35 porções de cocaína (guardadas na residência do corréu), totalizando 50,45g – está em consonância com o entendimento desta Corte Superior de Justiça. Ademais, para se acolher a tese de que o paciente não se dedica à atividade criminosa, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em *habeas corpus*.

3. A alegação de *bis in idem* na utilização da quantidade de entorpecentes como fundamento para exasperar a pena-base e afastar o redutor da Lei de Drogas consiste em indevida inovação recursal, porquanto não foi deduzida na inicial deste *writ*.

4. 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, de acordo com o disposto no enunciado n. 440 da Súmula desta Corte e os enunciados ns. 718 e 719 das Súmulas do Supremo Tribunal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Federal – STF.

5. Sedimentou-se, ainda, o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º, do Código Penal em conjunto com o art. 42 da Lei 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga.

Conforme afirmado no *decisum* agravado, restou evidenciado o constrangimento ilegal na imposição do regime fechado pelas instâncias ordinárias, pois, a fixação foi em razão da hediondez e da gravidade abstrata do delito, o que vai de encontro com a jurisprudência desta Corte Superior. Dessa forma, considerando, ainda, que o paciente é primário, que as circunstâncias judiciais foram todas favoráveis, bem como o *quantum* de pena aplicado (5 anos de reclusão), correta a fixação do regime semiaberto, de acordo com o disposto no art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.

6. Mantida a pena fixada pelas instâncias ordinárias superior a 4 anos, o pleito quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos encontra-se prejudicado, haja vista que o agravante não preenche os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

7. Agravo regimental desprovido.

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, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Brasília, 21 de novembro de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 516.780 - SP (2019/0178412-3)

AGRAVANTE : GUSTAVO HENRIQUE PEREIRA
ADVOGADO : DJALMA FREGNANI JUNIOR - SP169098
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de agravo regimental interposto por GUSTAVO HENRIQUE PEREIRA contra decisão de minha lavra, na qual não conheci do *habeas corpus* em que se buscava a incidência da minorante da Lei de Drogas, a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (fls. 58/68).

No presente regimental, a defesa alega, em síntese, a permanência de flagrante ilegalidade consistente no afastamento da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, argumentando que os entorpecentes não foram encontrados na residência do agravante, sendo apreendido com o mesmo apenas 30g de maconha.

Inova sustentando *bis in idem* na utilização da quantidade de entorpecentes como fundamento para exasperar a pena-base e para afastar o redutor da Lei de Drogas.

Ressalta que o agravante é primário e portador de bons antecedentes, bem como a quantidade de drogas apreendida é ínfima.

Pretende, assim, a reconsideração da decisão para conceder a ordem, a fim de que seja refeita a dosimetria mediante a aplicação da minorante da Lei de Drogas em seu patamar máximo, a alteração do regime inicial de cumprimento de pena e sua substituição. Subsidiariamente, requer a apresentação do agravo para deliberação colegiada.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 516.780 - SP (2019/0178412-3)

VOTO

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

O presente agravo regimental não merece provimento, em que pesem os argumentos apresentados pelo agravante, devendo a decisão ser mantida por seus próprios fundamentos.

Conforme afirmado no *decisum* agravado, esta Corte Superior não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, porém ressalta a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente, o que não é o caso dos autos.

O agravante busca a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, bem como o abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena e sua substituição.

O ora agravante foi preso em flagrante, em local conhecido de tráfico de drogas, juntamente com o corréu, trazendo consigo e guardando 18 porções de maconha pesando 40g, 20 porções de cocaína e 35 porções de cocaína (guardadas na residência do paciente) totalizando 50,45g (fl. 19).

Diante disso, o Juízo de primeiro grau condenou o paciente por tráfico de drogas à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 500 dias-multa, asseverando:

Respeitado o sistema trifásico, fixo para os réus a pena base no mínimo legal: 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, pois os acusados são primários e não ostentam antecedentes criminais.

Na segunda fase, não incidem circunstâncias atenuantes ou agravantes.

Na terceira fase não pode incidir a causa de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06.

Os réus não lograram provar que possuíam atividade lícita para manter o seu sustento. As quantidades de drogas encontradas com os réus José Carlos e Gustavo, bem como a quantidade descoberta na residência de Antônio, são deveras significativas para que se considere que os acusados fizeram apenas uma incursão esporádica na prática do tráfico. Soma-se a estes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

elementos o relato dos policiais militares de que o local em que os réus foram apreendidos é conhecido como ponto de traficância, a denotar que, mais do que uma incursão episódica, o tráfico servia aos acusados como meio de vida.

(...)

A quantidade de drogas encontradas com os réus é significativa, ressaltando-se que estavam na posse de cocaína, droga de alto potencial lesivo e que causa deletérios efeitos aos usuários, a demonstrar culpabilidade exacerbada dos agentes e indicar o regime fechado como o mais adequado (art. 42, da Lei nº 11.343/06).

A quantidade de drogas é significativa, principalmente considerando que a cidade de Cajuru, lugar em que foi cometido o delito, possui população de apenas 23.353 (vinte três mil, trezentos e cinqüenta e três) pessoas.

O regime inicial para o cumprimento das penas deverá, desta forma, ser o fechado.

(...)

A quantidade de pena privativa de liberdade aplicada aos réus, superior a 04 (quatro) anos, não permite a substituição por pena restritiva de direitos, nos termos do inciso I do art. 44, do Código Penal; ou a concessão do sursis previsto no artigo 77, do mesmo diploma legal (fls. 25/28).

O Tribunal de Justiça a quo, por sua vez, negou provimento ao apelo da defesa, mantendo o afastamento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, a sanção e o regime impostos na sentença. Transcrevo, no ponto, o seguinte fragmento do acórdão, *verbis*:

A pena e o regime prisional não comportam reparos.

A base foi fixada no mínimo de cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa. Na segunda fase, não incidiram circunstâncias atenuantes ou agravantes. Na terceira fase, o redutor foi afastado pois os acusados não comprovaram o exercício de atividade lícita e foram presos nas mesmas circunstâncias em poder de considerável quantidade de entorpecentes. No celular de um dos envolvidos, ainda, existiam mensagens relacionadas ao tráfico, o que comprova a dedicação a atividades criminosas. O local, ainda, é conhecido ponto de venda de entorpecentes.

Neste ponto, importante observar que não se aplica ao caso a benesse prevista no parágrafo 4º, do art. 33, da Lei de Drogas, por ausência de preenchimento dos seus requisitos.

(...)

Conforme se extrai do dispositivo acima transcrito, quatro são os pressupostos impostos pela referida lei para a aplicação da referida minorante, quais sejam, ser o agente primário e possuir bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e igualmente não integrar organização criminosa, sem se afastar do disposto no artigo 42



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da Lei 11.343/2006. Tais requisitos são cumulativos e a ausência de qualquer um deles obsta a configuração do redutor da pena.

A benesse prevista no referido dispositivo, portanto, destina-se ao agente que incide nas condutas do caput ou do § 1º, do art. 33, da Lei 11.343/2006, de forma ocasional, ou seja, na situação em que o tráfico só ocorreu por um desvio de conduta e que tende a não se repetir.

Resta clara a intenção do legislador de permitir uma punição menos severa ao denominado traficante de "primeira viagem", visando prevenir a reiteração da conduta do agente, na tentativa de evitar que ele venha a integrar organizações criminosas, cuja atuação no comércio de drogas é patente.

Logo, a concessão da benesse em comento está calcada no caráter esporádico da conduta realizada e pressupõe a ausência de elementos subjetivos e objetivos que permitam concluir que o agente não tem o crime como modo de vida e, portanto, que não se dedica a atividades criminosas.

No caso em tela, todavia, verifica-se que os acusados não preenchem os requisitos para ser beneficiado com a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4o, da Lei de Drogas. As circunstâncias fático-probatórias, atestam a dedicação ao crime, mormente levando-se em conta, como expendido, as circunstâncias de suas prisões e ausência de comprovação de atividade lícita. Tais detalhes, data vênia, revelam o envolvimento do acusado no tráfico e demonstram não se tratam de traficantes ocasionais.

No que tange ao crime previsto no Estatuto do Desarmamento em relação a Antônio, foi-lhe aplicada a pena mínima.

Quanto ao regime de cumprimento de pena, o fechado é mesmo o adequado, de acordo com a determinação constante no artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, que regula os crimes hediondos, hipótese equiparada ao caso concreto.

Aliás, a modalidade é, na verdade, a única compatível com a gravidade do delito praticado e está em sintonia com o rigor com que o legislador tratou o traficante, negando-lhe benefícios outros que normalmente concede a infratores de normas diversas.

Também não é o caso de substituir a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

(...)

O delito de tráfico foi reputado de especial gravidade pela Constituição da República. Nesta conformidade, não considero razoável substituir-se a sanção reclusiva por penas alternativas. Trata-se de crime que exige punição mais severa, razão pela qual não se mostra social e juridicamente recomendável a pretendida substituição, insuficiente à prevenção e reprovação do delito, à vista do disposto no art. 44, inc. III, do Código Penal.

Sobre o tema: "Os efeitos nocivos do crime de tráfico de drogas que acarretam profundas feridas na sociedade atual, revelam a postura indiferente adotada pelo agente com relação à saúde pública, o bem estar social, e as nefastas consequências de seus atos e isso vai de encontro com o requisito previsto no inciso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

III, do artigo 44, do Código Penal, qual seja, 'os motivos e circunstâncias do crime indicarem que essa substituição seja suficiente'. Assim, embora o delito tenha sido praticado sem violência ou grave ameaça e a peticionária não seja reincidente, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não é cabível na espécie, uma vez que seria insuficiente à prevenção e repressão do ilícito penal (artigo 44, III, do Código Penal) (fls. 40/43).

Inicialmente, verifico quanto à causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias para não aplicá-la ao caso concreto em razão da dedicação do agravante à atividade criminosa, evidenciada sobretudo pela realização da prisão em conhecido ponto de traficância e pela quantidade de drogas apreendidas – 18 porções de maconha pesando 40g, 20 porções de cocaína e 35 porções de cocaína (guardadas na residência do corréu) totalizando 50,45g – está em consonância com o entendimento desta Corte Superior de Justiça.

Acrescente-se, ainda, para se acolher a tese de que o paciente não se dedica à atividades criminosas, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em sede de *habeas corpus*.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06). CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DE PENA. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. AUSÊNCIA DE OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTEM DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME DE PROVAS. NÃO CABIMENTO. INSURGÊNCIA IMPROVIDA.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, a quantidade, nocividade e diversidade das drogas apreendidas são elementos que evidenciam a dedicação à atividades criminosas e, por tal razão, podem fundamentar o afastamento da aplicação da benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, desde que aliadas a outras circunstâncias do delito.

2. Na hipótese, a Corte de origem concluiu que não existem elementos indicativos da traficância habitual, de modo que o acusado atende a todos os requisitos para concessão do benefício legal.

3. Para afastar a conclusão do Tribunal local no sentido de que o agravante não se dedica às atividades criminosas, seria necessário a este Sodalício aprofundado revolvimento do contexto fático-probatório, providência incabível em Recurso Especial, conforme Súmula n. 7/STJ.

4. Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1161176/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 26/10/2018).

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. 11.343/06. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA COM BASE NA QUANTIDADE DE DROGA PARA AFASTAR A REDUTORA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO, ALIADA A OUTROS ELEMENTOS. REEXAME MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. READEQUAÇÃO DO REGIME INICIAL. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PREJUDICADO. REPRIMENDA MANTIDA ACIMA DE 4 (QUATRO) ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

IV - In casu, houve fundamentação concreta para o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada nas circunstâncias que envolveram a prisão e na quantidade e diversidade de drogas apreendidas, haja vista que as instâncias ordinárias se convenceram de que o paciente se dedicava às atividades criminosas. Rever o entendimento das instâncias ordinárias para fazer incidir a causa especial de diminuição demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do mandamus.

V - No que tange ao estabelecimento do regime inicial fechado, verifica-se, no caso, que a dedicação a atividade criminosa, com base na quantidade e diversidade de entorpecentes foi considerada na terceira fase da dosimetria da pena para afastar a incidência da redutora do tráfico privilegiado. Desse modo, sendo tal circunstância desfavorável, impede a fixação do regime diverso do fechado, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, do art. 42 da Lei n. 11.343/06, apesar de ser o paciente primário e a pena-base ter sido fixada no mínimo legal.

VI - Mantida a pena cominada ao paciente em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão, resta prejudicado o pedido de substituição da sanção corporal por penas restritivas de direitos, pois não preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 44 do Código Penal.

Habeas Corpus não conhecido (HC 447.343/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 17/8/2018).

Ademais, tratando-se de crime de tráfico de drogas praticado mediante o concurso de pessoas, leva-se em consideração o total de drogas apreendidas para análise das circunstâncias referentes à quantidade, natureza e variedade, não se considerando individualmente a substância encontrada com cada um dos réus.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por sua vez, a alegação de *bis in idem* na utilização da quantidade de entorpecentes como fundamento para exasperar a pena-base e afastar o redutor da Lei de Drogas consiste em indevida inovação recursal, porquanto não foi deduzida na inicial deste *writ*.

Noutro ponto, sobre o regime prisional, o Plenário do Supremo Tribunal Federal – STF, 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. 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.

É firme neste Tribunal Superior de Justiça a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal – CP. Nesse sentido, foi elaborado o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, que prevê:

Súmula 440/STJ - 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 ns. 718 e 719 das Súmulas do Supremo Tribunal Federal – STF, 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.

Ademais, sedimentou-se, nesta Corte Superior, o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º, do Código Penal em conjunto com o art. 42 da Lei 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga.

Conforme afirmado no *decisum* agravado, restou evidenciado o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constrangimento ilegal na imposição do regime fechado pelas instâncias ordinárias, pois, a fixação foi em razão da hediondez e da gravidade abstrata do delito, o que vai de encontro com a jurisprudência desta Corte Superior. Dessa forma, considerando, ainda, que o paciente é primário, que as circunstâncias judiciais foram todas favoráveis, bem como o *quantum* de pena aplicado (5 anos de reclusão), correta a fixação do regime **semiaberto**, de acordo com o disposto no art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.

A propósito:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. AÇÃO PENAL EM CURSO PELO MESMO DELITO. ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONFIGURAÇÃO. CABÍVEL O REGIME INICIAL SEMIABERTO, EM RAZÃO DA PENA IMPOSTA E DA PRIMARIEDADE DO PACIENTE. CONFIRMADA A LIMINAR. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Conforme entendimento desta Corte Superior de Justiça, embora ações penais em curso não possam ser utilizadas para negativar a pena-base, podem servir como fundamento para considerar que há dedicação às atividades criminosas, o que afasta a incidência da minorante. Entendimento firmado pela Terceira Seção desta Corte Superior no julgamento do EREsp n. 1.431.091/SP.

2. Sendo o Paciente primário, não tendo sido valorada negativamente na primeira fase da dosimetria nenhuma vetorial do art. 59 do Código Penal nem do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, imposta a reprimenda final de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, cabível o regime segundo o quantum de pena aplicado, portanto, o semiaberto, pois a fundamentação lançada pelo Tribunal local não indica nenhuma gravidade concreta apta a justificar a fixação de modo mais gravoso.

3. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para, confirmando a liminar deferida, fixar, em definitivo, o regime semiaberto para início de cumprimento de pena (HC 500.159/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, DJe 11/6/2019).

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.

(...).

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. AUXÍLIO PRESTADO PELO ACUSADO À ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PACIENTE QUE ATUAVA COMO MOTO-TÁXI REALIZANDO ENTREGAS DE DROGAS. MITIGAÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NÃO CONFIGURADO.

1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do artigo 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal e, com preponderância, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

2. Inexiste ilegalidade na aplicação do redutor no patamar de 1/2 (metade), dadas as peculiaridades da conduta criminosa, notadamente a habitualidade com que o paciente, moto-táxi, realizava a entrega de drogas. Precedentes.

REGIME INICIAL FECHADO DETERMINADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DOS DELITOS. ELEMENTOS PRÓPRIOS DO TIPO PENAL VIOLADO. DESCABIMENTO. ENUNCIADOS 718 E 719 DA SÚMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Nos termos dos verbetes 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, a opinião do julgador acerca da gravidade abstrata do delito não constitui motivação idônea a embasar o encarceramento mais severo do sentenciado.

2. No caso dos autos, o regime fechado foi fixado e mantido com base apenas na gravidade abstrata dos crimes de tráfico de drogas e de associação para o tráfico adotando-se elementos próprios dos ilícitos em questão, o que não é suficiente para justificar o regime mais severo de execução.

SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITO OBJETIVO PREVISTO NO INCISO I DO ARTIGO 44 DO CÓDIGO PENAL NÃO PREENCHIDO. CONCURSO MATERIAL DE CRIMES. CONSIDERAÇÃO DO TOTAL DAS REPRIMENDAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE APLICADAS PARA FINS DE ANÁLISE DO CABIMENTO DO BENEFÍCIO.

1. A quantidade de pena cominada ao paciente - 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão - impede a substituição pretendida, uma vez que, consoante o disposto no inciso I do artigo 44 do Código Penal, a conversão da reprimenda privativa de liberdade em restritiva de direitos só é cabível quando a sanção corporal não for superior a 4 (quatro) anos.

2. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena imposta ao paciente (HC 392.153/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 7/6/2017).

Por fim, mantida a pena fixada pelas instâncias ordinárias superior a 4 anos, o pleito quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos encontra-se prejudicado, haja vista que o agravante não preenche os requisitos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

previstos no art. 44 do Código Penal.

Quanto ao tema, cito o seguinte julgado:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DE TRÁFICO PARA CONSUMO PESSOAL. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME APROFUNDADO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA N. 7/STJ. DOSIMETRIA DA PENA. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES ILÍCITAS. SÚMULA N. 7/STJ. REGIME INICIAL SEMIABERTO FIXADO DE ACORDO COM O QUANTUM DE PENA APLICADA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Na espécie, o afastamento da pretensão de desclassificação do delito tipificado no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 para o do art. 28 do referido diploma legal foi devidamente motivado pela instância ordinária, a quem compete analisar fatos e provas. Rever a conclusão da Corte a quo demandaria reexame do conjunto probatório, o que é vedado na via do recurso especial, a teor da Súmula n. 7/STJ.

2. No que concerne à causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no caso concreto, as instâncias ordinárias concluíram fundamentadamente pela dedicação do acusado a atividades ilícitas, com base na quantidade de drogas apreendidas (73,51g de maconha), na apreensão de balança de precisão e de dinheiro sem comprovação de origem lícita, bem como na existência de condenação anterior pela prática de tráfico de drogas. Desse modo, entender de modo diverso demandaria necessariamente revolvimento de fatos e provas. Incidência da Súmula n. 7/STJ.

3. Quanto à fixação de regime inicial aberto para o início do cumprimento de pena e à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, mantida a pena definitiva fixada acima de 4 anos e, conseqüentemente, o não preenchimento de requisito legal, os pleitos restam prejudicados.

4. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1789197/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 6/5/2019).

Assim sendo, não há o que ser reformado na decisão agravada.

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0178412-3

AgRg no
HC 516.780 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00015604620178260530 15604620178260530 20190000320893

EM MESA

JULGADO: 21/11/2019

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. LUCIANO MARIZ MAIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DJALMA FREGNANI JUNIOR
ADVOGADO : DJALMA FREGNANI JUNIOR - SP169098
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GUSTAVO HENRIQUE PEREIRA (PRESO)
CORRÉU : JOSÉ CARLOS PEREIRA JÚNIOR
CORRÉU : ANTÔNIO DONIZETI DA SILVA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : GUSTAVO HENRIQUE PEREIRA
ADVOGADO : DJALMA FREGNANI JUNIOR - SP169098
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.