



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 381.526 - SP (2016/0321888-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : ANA CAROLINE MIGUEL
ADVOGADO : ANA CAROLINE MIGUEL - SP334988
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADRIANO GONCALVES

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO MÍNIMA DE REDUÇÃO DEVIDAMENTE MOTIVADA. REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE INEXPRESSIVA DE DROGA. RÉU PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO INTERMEDIÁRIO. DETRAÇÃO. TEMA NÃO DEBATIDO À INSTÂNCIA ORDINÁRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. INADMISSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS NÃO ESGOTADAS. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

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

3. Os Tribunais Superiores têm decidido que, na falta de indicação pelo legislador das balizas para o *quantum* dessa redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do delito, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante quando evidenciarem a habitualidade do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.

4. Hipótese na qual a instância antecedente, de forma motivada, considerou a natureza de droga apreendida (cocaína) e as circunstâncias concretas do delito para fazer incidir a minorante no patamar de 1/6, o que não se mostra desproporcional.

5. 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 regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal.

6. Embora a Corte de origem tenha apresentado fundamento válido para a escolha do regime prisional mais grave, consoante as diretrizes do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, *in casu*, considerando a primariedade do paciente, a aferição



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

favorável das circunstâncias judiciais, assim como a não significativa quantidade de droga apreendida (2 invólucros de cocaína), o modo semiaberto é o adequado e suficiente para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade de 4 anos 2 meses de reclusão, a teor do contido no art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal.

7. O pedido de detração para fins de estabelecimento do regime prisional é incabível nesta Corte, porque não apreciado na origem, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes.

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

9. "A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal" (STF, HC n. 126.292/SP, Relator Min. TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17/02/2016).

10. Pendente o julgamento dos embargos infringentes, é manifestamente ilegal a expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente, ante o não esgotamento das instâncias ordinárias.

11. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para suspender a execução provisória da pena pelo paciente, até o esgotamento da jurisdição ordinária, bem como para fixar o regime semiaberto como o inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

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 e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. 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 março de 2017(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 381.526 - SP (2016/0321888-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : ANA CAROLINE MIGUEL
ADVOGADO : ANA CAROLINE MIGUEL - SP334988
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADRIANO GONCALVES

RELATÓRIO

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

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

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 420 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Em sede recursal, o Tribunal de origem, por maioria, proveu em parte o apelo defensivo, tão somente para reduzir o valor unitário da pena de multa, tendo sido expedido mandado de prisão em desfavor do paciente.

Nesta Corte, a impetrante alega manifesto constrangimento ilegal, pois, embora não tenha havido o esgotamento das instâncias ordinárias, diante da possibilidade de interposição dos embargos infringentes, foi, indevidamente, determinada a execução provisória da pena. Afirma, também, que carece de motivação válida a decisão que negou ao paciente o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, já que reconhecido os requisitos legais. Sustenta, por fim, que, uma vez readequada a pena, deve ser fixado o regime mais brando de cumprimento de pena, sobretudo quando considerado que o tráfico privilegiado não é delito hediondo, bem como que o paciente já cumpriu 3 meses da pena.

Requer, inclusive liminarmente, que seja conferido efeito suspensivo aos embargos infringentes, para responder o feito em liberdade, que seja fixado o regime aberto, substituindo-o por restritivas de direitos.

Liminar deferida, a fim de conceder efeito suspensivo aos embargos infringentes (e-STJ, fls. 48-49).

A defesa juntou Atestado de Permanência Carcerária (e-STJ, fls. 57-58).

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

O Ministério Público Federal opinou pela parcial concessão da ordem, de ofício, a fim de confirmar a liminar deferida (e-STJ, fls. 92-101).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 381.526 - SP (2016/0321888-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : ANA CAROLINE MIGUEL
ADVOGADO : ANA CAROLINE MIGUEL - SP334988
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADRIANO GONCALVES

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO MÍNIMA DE REDUÇÃO DEVIDAMENTE MOTIVADA. REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE INEXPRESSIVA DE DROGA. RÉU PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO INTERMEDIÁRIO. DETRAÇÃO. TEMA NÃO DEBATIDO À INSTÂNCIA ORDINÁRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. INADMISSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS NÃO ESGOTADAS. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.
2. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.
3. Os Tribunais Superiores têm decidido que, na falta de indicação pelo legislador das balizas para o *quantum* dessa redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do delito, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante quando evidenciarem a habitualidade do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.
4. Hipótese na qual a instância antecedente, de forma motivada, considerou a natureza de droga apreendida (cocaína) e as circunstâncias concretas do delito para fazer incidir a minorante no patamar de 1/6, o que não se mostra desproporcional.
5. 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 regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal.
6. Embora a Corte de origem tenha apresentado fundamento válido para a escolha do regime prisional mais grave, consoante as diretrizes do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, *in casu*, considerando a primariedade do paciente, a aferição favorável das circunstâncias judiciais, assim como a não significativa quantidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de droga apreendida (2 invólucros de cocaína), o modo semiaberto é o adequado e suficiente para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade de 4 anos 2 meses de reclusão, a teor do contido no art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal.

7. O pedido de detração para fins de estabelecimento do regime prisional é incabível nesta Corte, porque não apreciado na origem, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes.

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

9. "A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal" (STF, HC n. 126.292/SP, Relator Min. TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17/02/2016).

10. Pendente o julgamento dos embargos infringentes, é manifestamente ilegal a expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente, ante o não esgotamento das instâncias ordinárias.

11. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para suspender a execução provisória da pena pelo paciente, até o esgotamento da jurisdição ordinária, bem como para fixar o regime semiaberto como o inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.

Nesse contexto, passo ao exame das supostas ilegalidades deduzida pela defesa.

Como relatado, o paciente foi condenado à pena de 4 anos e 6 meses de reclusão, inicialmente em regime fechado, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Ao apreciar o apelo da defesa, o TJMG deu-lhe parcial provimento, apenas para reduzir o valor unitário da pena de multa, determinando a expedição de mandado de prisão em desfavor da paciente, com base na decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida nos autos do HC 126.292/SP(STF, Relator Min. TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17/02/2016) .

Após o julgamento do referido *Habeas Corpus*, esta Corte passou a adotar o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal".

Em outras palavras, voltou-se a admitir o início de cumprimento da pena imposta pelo simples esgotamento das instâncias ordinárias, ou seja, antes do trânsito em julgado da condenação, nos termos da Súmula 267/STJ.

Ocorre que, em consulta realizada no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Estado de São Paulo, verifica-se que foram interpostos embargos infringentes, conforme alertado pela impetrante, estando ainda pendente de julgamento.

Logo, ante a não definitividade da condenação no âmbito da jurisdição ordinária, a expedição de mandado de prisão para início de cumprimento da pena caracteriza constrangimento ilegal.

Neste sentido, colaciono julgados desta Corte Superior:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEGUNDO GRAU. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PENDENTES DE JULGAMENTO. MANDADO DE PRISÃO JÁ EXPEDIDO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE. 1. Não se constata ilegalidade no decreto de prisão quando proferido em acórdão condenatório em sede de apelação criminal nos termos da nova orientação da Sexta Turma ao apreciar o HC 352.845/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 03/05/2016, adotando recente orientação, fixada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal (HC 126.292/SP, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, de 17/2/2016, DJe 17/5/2016), segundo o qual, a execução provisória da condenação penal, na ausência de recursos com efeito suspensivo, não viola ao constitucional princípio da presunção de inocência. 2. Todavia, pendentes de julgamento embargos de declaração, configura constrangimento ilegal a expedição de mandado de prisão. Precedentes. 3. Ordem concedida, em parte, para garantir ao paciente o direito de permanecer em liberdade até o julgamento dos embargos de declaração opostos no Tribunal de origem. (HC 352.796/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 14/06/2016, DJe 22/06/2016)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. MÉRITO. ANÁLISE DE OFÍCIO. DENÚNCIA: TRÁFICO DE DROGAS. CONDUTA DESCLASSIFICADA, PELO JUÍZO PROCESSANTE, PARA A DESCRIÇÃO TÍPICA DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. RECURSO DA ACUSAÇÃO. CONDENAÇÃO, POR TRÁFICO DE DROGAS, EM SEGUNDA INSTÂNCIA. PRISÃO DECRETADA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. GRAVIDADE ABSTRATA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ESGOTAMENTO RECURSAL NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PENDENTES DE JULGAMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal. 2. No particular, a paciente respondia ao processo em liberdade e, em primeira instância, sua conduta foi desclassificada para a adequação típica do art. 28 da Lei n. 11.343/2006. Em recurso da acusação, entretanto, ela foi condenada, por tráfico de drogas, à pena privativa de liberdade de 6 (seis) anos de reclusão, no regime inicial fechado. O Tribunal de origem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

determinou, ainda, a imediata expedição de mandado de prisão. 3. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime. 3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência (HC n.126292, julgado no dia 17 de fevereiro de 2016). 4. No caso, o acórdão impetrado não apontou dados concretos, à luz do art. 312 do Código de Processo Penal, a respaldar a segregação cautelar; somente faz referência à gravidade abstrata do delito e a artigos de lei, não ressaltando qualquer aspecto relevante que demonstre o efetivo risco à ordem pública, caso a paciente seja mantida em liberdade. Referências aos termos da lei processual e uma análise teórica, com termos genéricos, sem apontar dados objetivos da suposta conduta perpetrada pela paciente não são hábeis para justificar a prisão cautelar. 5. Ademais, e por outro lado, não é possível dar início à execução provisória da pena porque a segunda instância não encerrou o julgamento da ação penal originária. Pende de julgamento embargos de declaração (com efeitos infringentes) opostos pela defesa. O Ministério Público noticiou, ainda, a oposição de embargos infringentes. Por fim, o regime inicial fechado foi fixado pelo Tribunal em virtude da gravidade abstrata e da hediondez do crime. Constrangimento ilegal configurado. 6. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que a paciente aguarde em liberdade, pelo menos, o exaurimento da jurisdição do Tribunal de origem, salvo se por outro motivo estiver presa. (HC 343.302/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 13/04/2016)

No tocante à dosimetria, convém destacar, inicialmente, que 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.

Da análise da sentença condenatória, verifica-se que o juízo sentenciante ao condenar o paciente à pena de 4 anos e 2 meses de reclusão, optou por aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas no patamar de 1/6, sem apresentar qualquer fundamentação acerca da fração escolhida. (e-STJ, fl. 21).

A Corte de origem, por sua vez, manteve o patamar aplicado pela primeira instância, consignando que a referida benesse sequer deveria ter sido aplicada, expondo os seguintes fundamentos:

Quanto à medida repressiva, o julgador singular fixou a pena-base no mínimo legal para, na última etapa da dosimetria, reduzir a sanção de um sexto (1/6) ao reconhecer a presença da minorante prevista no artigo 33, §



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4º, da Lei nº 11.343/06, perfazendo o patamar definitivo de quatro (04) anos e dois (02) meses de reclusão, mais multa correspondente a quatrocentos e vinte (420) diárias, unidade da pecuniária no importe de um quinto (1/5) do salário mínimo.

O acusado acabou beneficiado, isso porque ignorada circunstância desfavorável representada pela acentuada novidade da cocaína à saúde pública, substância proscriita de alto poder viciante delineando dolo exacerbado, a exigir certo incremento da basilar, nos termos do artigo 42 da Lei de Tóxico.

Apesar de apreendidas duas porções pouco antes entregues por ADRIANO a Dorival, as investigações realizadas e mesmo a palavra do usuário denotam a constância do tráfico, evidenciando mercancia de consideráveis proporções.

Sobre o tema já se posicionou o Colendo Superior Tribunal de Justiça ao assentar que 'Em se tratando dos crimes previstos na Lei de Drogas, na fixação das penas, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei 11.343/06' (STJ, AgRg no HC 244370 / SP, Relator Ministro JORGE MUSSI, DJe 19-12-2014, grifei).

Também 'Há que se reconhecer a maior nocividade da cocaína em relação a outras substâncias proscriitas, levando-se em conta os efeitos deletérios causados à saúde dos usuários, a dependência psicológica e física, por vezes imediata, por eles provocada, bem como as consequências sociais nefastas acarretadas pelo consumo e tráfico de tais entorpecentes' (STJ, HC 187330/MG, Relator Ministro GILSON DIPP, DJe 19-05-2011, grifei). Pelos mesmos motivos, inadmissível o privilégio reconhecido na sentença, especialmente em razão da lesividade da cocaína e habitualidade narrada pelos policiais indicando dedicação a atividade criminosa ou até mesmo participação em organização espúria (vale ressaltar a prisão do fornecedor das drogas ao acusado graças à interceptação telefônica levada a efeito), vedada a revisão do julgado ante a inércia da Justiça Pública.

Diante de caso semelhante, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que a quantidade e a nocividade da droga apreendida, bem como as circunstâncias em que foi o agente surpreendido, por si sós, indicam maior periculosidade social da ação, outro obstáculo à incidência da causa de redução de pena despropositadamente reconhecida em primeiro grau com relação à acusada ALCINDA (HC nº 182.359/RJ, julgado 27-11-2012).

[...]

Neste ponto, registre-se que, constatada em segunda instância a erronia do reconhecimento da causa de diminuição de pena, consequência lógica é a impossibilidade de se ampliar o redutor como cogitado pela Defesa". (e-STJ, fls. 31-32).

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

Como é cediço, o legislador ao instituir o referido benefício legal, teve como objetivo conferir tratamento diferenciado aos pequenos e eventuais traficantes, não alcançando, assim, aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (RHC 72.118/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 26/10/2016 e AgRg no REsp 1442055/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 04/08/2015, DJe 18/08/2015).

In casu, como se observa, a Corte de origem, com fundamento na natureza da droga apreendida (cocaína) e no fato de restar comprovado que o paciente é habitual na prática do tráfico de drogas, manteve a minorante em 1/6, conforme autoriza jurisprudência desta Corte.

Desse modo, devidamente motivada a escolha do patamar de redução, a alteração desse *quantum* é questão afeta à atividade discricionária do julgador, que só pode ser revista quando verificada sua desproporcionalidade, o que não é o caso.

Nesse sentido:

[...] CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. MITIGAÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ALTERAÇÃO DO PATAMAR ADOTADO. INVIABILIDADE.

1. Sabe-se que § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 dispõe que, para o crime de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparadas, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) não integre organização criminosa.

2. No tocante aos critérios para a escolha do patamar de diminuição, cumpre destacar que o legislador apontou apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para dirimir entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas.

3. Inexiste ilegalidade na aplicação da minorante na fração de 1/6 (um sexto), porquanto devidamente fundamentada na gravidade concreta da conduta.[...]

(HC 331.685/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, Julgado em 23/02/2016 DJe 29/02/2016.)

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO E DEFENSORIA PÚBLICA ESTADUAL SEM REPRESENTAÇÃO NA CAPITAL FEDERAL. TRÁFICO DE DROGAS. TESE DE QUE A QUANTIDADE SÓ PODERIA SER CONSIDERADA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. IMPROCEDÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. ALTERAÇÃO DA FRAÇÃO DECORRENTE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO. DISCRICIONARIEDADE DO ÓRGÃO JULGADOR. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. MODIFICAÇÃO. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO.

[...]

5. A Corte local concluiu, ao analisar as circunstâncias da apreensão da droga, que seria razoável e proporcional a aplicação da causa de diminuição no patamar de 1/6 da pena, estando, portanto, dentro do seu critério de discricionariedade, notadamente por verificar as circunstâncias inerentes ao caso concreto. Dessa forma, é inviável a análise do tema na via estreita



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

habeas corpus.

6. Agravo regimental da Defensoria Pública da União não conhecido. Agravo regimental da Defensoria Pública de Santa Catarina improvido. " (HC 372.209/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 20/10/2016).

Quanto ao pedido de alteração do regime prisional, melhor sorte assiste à impetrante.

Segundo se verifica, o Tribunal de origem fixou o modo mais grave pelos seguintes fundamentos:

De resto, o regime fechado para início de cumprimento da corporal é o único adequado ao tráfico, consoante a Lei nº. 8.072/90, já com a redação trazida pela Lei nº. 11.464/07, sendo certo que a habitualidade do vil comércio antes realçada e a natureza lesiva da droga impunidade e incentivaria a prática de crime que há muito atormenta a população, decorrendo o retiro pleno do maior rigor conferido pela própria Constituição Federal diante de delitos hediondos ou a estes equiparados (artigo 5º, XLIII).

Isso, destaque-se, não representa mera opinião do julgador a respeito da gravidade do tráfico; a providência decorre, sim, de fato concreto facilmente constatado da natureza acentuadamente nociva da droga e habitualidade do vil comércio, representando a concessão de regime diverso solução responsável pelo sentimento de impunidade, com consequente estímulo à prática de delito de indiscutíveis gravidade e repercussão. (e-STJ, fls. 32-33)

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

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

In casu, a imposição do regime fechado está amparada na natureza da droga apreendida (cocaína), nos termos do art. 33, § 3º, do CP, c.c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, o que, em princípio, seria elemento idôneo para a fixação do regime mais gravoso.

Entretanto, considerando que o paciente é primário e a pena definitiva tenha sido estabelecida em 4 anos e 2 meses de reclusão, a imposição do modo fechado mostra-se desproporcional, sobretudo quando não significativa a quantidade de entorpecente apreendida (2 invólucros de cocaína). Logo, entendo que o regime **semiaberto** é o adequado e suficiente para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, a teor do contido no art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal.

Ademais, quanto ao pleito de aplicação da detração penal, haja vista que o paciente permaneceu encarcerado preventivamente por 3 meses, é inviável a sua análise por esta Corte superior, sob pena de indevida supressão de instância, já que a matéria não foi debatida no Tribunal de origem. Assim, fica estabelecido o modo intermediário para início do cumprimento da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sanção imposta.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL FECHADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO E NA QUANTIDADE DE DROGA QUE NÃO SE MOSTRA EXACERBADA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. DETRAÇÃO DA PENA. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NA CORTE LOCAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. O STF, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

3. A valoração negativa da quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação de regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso, bem como para obstar a respectiva substituição por pena restritiva de direitos. Precedentes.

4. Hipótese em que as instâncias ordinárias fixaram o regime fechado com base na natureza hedionda do crime de tráfico de drogas e na quantidade de entorpecentes - 43,1 g de maconha e 11,3 g de cocaína - que não se mostra exacerbada.

5. Assim, tratando-se de paciente primário, condenado a pena privativa de liberdade superior a 4 e não excedente a 8 anos, faz jus ao regime inicial semiaberto.

6. O tema referente à possibilidade de detração da pena não foi enfrentado pela Corte de origem, de forma que sua análise por este Tribunal implicaria supressão de instância.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto.

(HC 334.208/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016.)

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

Diante do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para suspender a execução provisória da pena pelo paciente, até o esgotamento da jurisdição ordinária, bem como para fixar o regime semiaberto como o inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0321888-0

HC 381.526 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00043480920148260572 20160000879263 43480920148260572

EM MESA

JULGADO: 28/03/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANA CAROLINE MIGUEL
ADVOGADO : ANA CAROLINE MIGUEL - SP334988
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADRIANO GONCALVES

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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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