



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 385.934 - SP (2017/0012015-1)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JULIANA MARTINS DE CARVALHO MONNERAT -
SP225741
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUCAS RODRIGO DE JESUS

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME PRISIONAL FECHADO. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. MONTANTE DA PENA QUE NÃO ATENDE AO REQUISITO OBJETIVO DO ART. 44, I, DO CP. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. REGIME PRISIONAL FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. 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.

- Nos termos do art. 33, § 4º, 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 organização criminosa. Contudo, na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o *quantum* da redução retromencionada, a natureza e a quantidade de droga apreendida,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, juntamente com as circunstâncias do delito, a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. Precedentes.

- Hipótese em que inexistente ilegalidade quando da não aplicação do privilégio, pois a Corte local apontou a dedicação do paciente às atividades ilícitas, destacando a quantidade, a nocividade e a variedade dos entorpecentes apreendidos bem como a assiduidade e a regularidade confessadas pelo paciente, o qual, desempregado, reconheceu o exercício da atividade pelo menos uma vez ao mês, cumprindo jornada certa para aquele serviço proscrito. Modificar tal conclusão requer o revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do *habeas corpus*. Precedentes.

- Inalterada a pena corporal, pois mantido o não reconhecimento do tráfico privilegiado, fica prejudicado o pleito de substituição da pena corporal, uma vez que o montante da pena não atende ao requisito objetivo do art. 44, I, do Código Penal.

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 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 n. 440/STJ e 718 e 719/STF.

- No caso, apesar de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal e o montante da sanção (5 anos de reclusão) comportar o regime semiaberto, o acórdão recorrido consignou a necessidade do regime mais gravoso com lastro na quantidade, variedade e nocividade das drogas apreendidas, as quais, inclusive, fundamentaram o não reconhecimento do privilégio, o que está em consonância à jurisprudência desta Corte e ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- *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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 28 de março de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 385.934 - SP (2017/0012015-1)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JULIANA MARTINS DE CARVALHO MONNERAT -
SP225741
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUCAS RODRIGO DE JESUS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de LUCAS RODRIGO DE JESUS, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0045843-13.2015.8.26.0050).

O paciente foi condenado, em primeira instância, ao cumprimento das penas de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 250 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 (fls. 12/17).

As partes recorreram, e a Corte estadual negou provimento ao recurso de apelação do paciente, mas deu provimento ao recurso do Ministério Público, afastando o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos, redimensionando a pena final do sentenciado para 5 anos de reclusão, bem como o pagamento de 500 dias-multa, mantida, no mais, a sentença condenatória (fls. 49/78).

Neste *writ*, a defesa alega, em síntese, que *ter quantidade elevada e diversificada não é comprovação de traficância habitual e muito menos base para dosimetria de pena. Aduz que a guarda do entorpecente é algo ínsito à conduta do traficante. A natureza da droga – a diversidade – por si só, não é suficiente para impedir o redutor* (fl. 2).

Afirma que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, uma vez que foi afastada a causa de diminuição da pena sem fundamentação idônea. Sustenta que, sendo o paciente primário e ausentes provas de dedicação a atividades criminosas, impõe-se a aplicação da causa redutora em seu grau máximo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Requer, inclusive liminarmente, o restabelecimento da sentença de primeiro grau, com a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, desta vez com a incidência da fração máxima redutora, e a modificação do regime prisional, ante a ofensa às Súmulas n. 718 e n. 719 do STF.

Pedido liminar indeferido (fls. 84/87).

Informações prestadas às fls. 95/128

Parecer do Ministério Público Federal opinando pelo não conhecimento do *writ* (fls. 133/134).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 385.934 - SP (2017/0012015-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpra analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Quarta Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Como já consignado no relatório, busca-se o restabelecimento da aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, redimensionando-se a pena do paciente, com a consequente fixação de regime mais brando.

A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

No caso, o sentenciante condenou o ora paciente à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (fls. 68/86).

O Tribunal de origem, por seu turno, ao dar provimento ao apelo ministerial, manteve a pena-base no piso legal, mas afastou o reconhecimento da minorante prevista no § 4º do art. 33 da lei n. 11.343/2006, alcançando a sanção corporal o montante definitivo de 5 anos de reclusão. O voto condutor do acórdão recorrido consignou que (fls. 65/70):

Na origem, a MM. Juíza concedeu ao increpado o benefício previsto no §4º do art. 33 da Lei de Tóxicos, aplicando-o na fração de 1/2.

Data vênia, a incidência de tal minorante está condicionada ao preenchimento cumulativo dos requisitos legais, quais sejam, primariedade, bons antecedentes e que o agente não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

Respeitosamente, quantidades excessivas, como as dos presentes autos (um total de quase duas centenas de porções, dentre crack e cocaína), são denotadoras de que o agente, para ter acesso a elas, incorporou-se à organização criminosa, critério jurisprudencial encontrável tanto no Col. Supremo Tribunal Federal (RHC 117.867/MG rel. Min. Luiz Fux j. 22.10.2013), quanto no E. STJ (AgRg no AREsp 359.220/MG rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura j. 3.9.2013 e AgRg no AREsp 180.580/MG mesma rel. j. 7.3.2013).

Não bastasse isso, o próprio acusado reconheceu que exercia aquela atividade pelo menos uma vez ao mês, cumprindo jornada certa para aquele serviço proscrito, tudo a revelar que, de fato, sua conduta ultrapassa a do traficante ocasional.

Aliás, informou desemprego na primeira oportunidade em que ouvido (fl. 19) e a declaração de fl. 63, dando conta de que ele exercia serviços de ajudante geral em uma tapeçaria, além de ter sido emitida após a data da ocorrência, não indica a remuneração concernente, nem corresponde ao que ele verbalizou por ocasião de seu interrogatório judicial, verbis: “(...) agora eu estava desempregado, mas antes estava trabalhando (...) trabalhei com meu vizinho na feira (...)”, confira-se a partir dos 00'13” da mídia digital de fl. 57.

Desse modo, não há explicação de como teria adquirido as diferentes porções de estupefacientes, senão com o desempenho habitual da traficância, de sorte que, pese não registrar condenações criminais precedentes, as circunstâncias concretas da prática do crime e demais elementos probatórios revelam a dedicação à atividade criminosa (STF HC 109.172/MS rel. Min. Rosa Weber j. 11.9.2012).

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vê-se que as lições retro mencionadas, adequadas ao caso em tela, não admitem o benefício, reajustando-se a pena final do increpado para 5 anos de reclusão, além do pagamento de 500 diárias de multa, a unidade mantida no piso legal.

Nos termos do art. 33, § 4º, 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 organização criminosa.

Contudo, na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o *quantum* da redução retromencionada, 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.

Logo, a quantidade, a variedade e a nocividade da droga, bem como as circunstâncias nas quais foi apreendida, são elementos que evidenciam a dedicação à atividade criminosa e, em decorrência, podem embasar o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Nesse sentido, conferir: *HC 362.266/RS, deste Relator, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 23/09/2016 e HC 326.519/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2016, DJe 03/08/2016.*

Na espécie, pela leitura do excerto acima transcrito, infere-se que o acórdão recorrido conferiu legalidade ao não reconhecimento do privilégio, ao fundamentar que a quantidade e a variedade das drogas apreendidas - *87 porções de crack, pesando 24,5g; 104 porções de cocaína, totalizando 76g; e 7 porções de tricoroetileno, com volume de 59ml* - bem como a assiduidade e a regularidade confessadas pelo paciente, o qual, desempregado, reconheceu o exercício da atividade pelo menos uma vez ao mês, cumprindo jornada certa para aquele serviço proscrito, deixam ver que sua ação não se esgotou no ato em que foi flagrado e apontam a dedicação às atividades ilícitas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, tendo havido fundamentação concreta, pelo Tribunal local, para não aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, concluo que, para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que o paciente não se dedica a atividades criminosas, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução probatória, o que, como cediço, é vedado na via estreita do *habeas corpus*, de cognição sumária.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL TOTAL DE 5 ANOS DE RECLUSÃO. NÃO APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE ILÍCITA EVIDENCIADA. REVOLVIMENTO PROBATÓRIO INVIÁVEL NA VIA ELEITA. REGIME PRISIONAL FECHADO. PRIMARIEDADE E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS QUE PERMITEM O REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PLEITO PREJUDICADO. MONTANTE DA PENA QUE NÃO COMPORTA O BENEFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

- Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

*- Hipótese em que o acórdão recorrido não reconheceu a causa de diminuição retromencionada sob a tese de que o paciente dedica-se às atividades criminosas, diante do fato de ele próprio ter confessado que sustentava sua família com o produto do tráfico. Assim, tendo havido fundamentação concreta, pelo Tribunal local, para não aplicar o redutor em comento, o afastamento da conclusão de que o paciente não se dedica às atividades criminosas implica necessário revolvimento fático-probatório, o que, como cediço, é vedado na via estreita do *habeas corpus*, de cognição sumária. Precedentes.*

(...)

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apenas para modificar o regime de cumprimento da pena para o inicial semiaberto. (HC 363.954/SP, deste Relator, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 30/09/2016) - grifei.

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 DE DROGAS. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS. NÃO PREENCHIMENTO. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO.

1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa.

2. No caso, revela-se inviável a aplicação da aludida causa especial de diminuição, tendo em vista que a instância de origem concluiu, fundamentadamente, com esteio nas provas acostadas aos autos, notadamente nas circunstâncias em que se deu o flagrante, que se dedica a atividades criminosas.

(...)

4. Habeas corpus não conhecido. (HC 362.707/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 20/09/2016) - grifei.

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. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). NATUREZA DROGA. QUANTIDADE INEXPRESSIVA. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. ADEQUAÇÃO. MODO INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. HABEAS CORPUS 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

3. Concluído pelo Tribunal de origem que o paciente pratica habitualmente o comércio de entorpecentes, tendo em vista a quantidade e a natureza da droga apreendida, assim como a própria confissão do agente, a modificação desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. (Precedentes).

(...)

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena. (HC 372.382/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 03/03/2017) - grifei.

Por oportuno, destaco a inviabilidade de acolhimento do pedido de substituição da pena corporal, uma vez que o montante da pena – 5 anos de reclusão – não atende ao requisito objetivo do art. 44, I, do Código Penal.

Quanto ao regime prisional, sabe-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 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 até pode ser estabelecido, mas, para tanto, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:

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.

Nesse mesmo sentido, as Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, *in verbis*:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

No caso, o Tribunal de origem fundamentou o regime mais gravoso nos seguintes moldes (fls. 70/75):

No que tange ao regime penitenciário, a obrigatoriedade do programa inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e os a ele equiparados foi declarada inconstitucional pelo Col. Pretório Excelso, em 27.6.2012, por ocasião do julgamento do HC 111.840/ES, no Pleno, rel. Min. Dias Toffoli.

Assim, a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Cód. Penal, bem como do art. 42 da Lei 11.343/2006, quando se tratar de delitos previstos nessa Lei (STJ HC 272.152/SP rel. Min. Marilza Maynard 6ª Turma J. 10.12.2013).

A fixação do regime mais gravoso para o início do desconto da pena privativa de liberdade se justifica no caso em comento em virtude da natureza, variedade e expressiva quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas.

(...)

Impossível olvidar a natureza da infração e os males que a mesma provoca no seio social, devendo o infrator experimentar repercussões objetivas acerca da censurabilidade de sua conduta.

O art. 33, §3º do Cód. Penal remete ao art. 59, do mesmo texto, para eleição do regime de cumprimento das penas, o qual, aliás, traz em seu bojo as consequências do delito como elemento informador.

(...)

Não se pode afirmar um direito subjetivo ao regime mais favorável só pela dimensão da reprimenda corporal (art. 33, §2º do CP), na medida em que a lei penal prevê, além deste, outros critérios para eleição do programa de reabilitação.

Pela leitura do excerto acima transcrito, infere-se que, no julgamento do recurso de apelação, o Tribunal local fundamentou adequadamente a necessidade da fixação do regime mais gravoso, ao destacar que a gravidade concreta do delito, evidenciada pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

elevada quantidade, variedade e nocividade dos entorpecentes apreendidos (87 porções de crack, pesando 24,5g; 104 porções de cocaína, totalizando 76g; e 7 porções de tricoroetileno, com volume de 59ml), as quais, inclusive, fundamentaram o não reconhecimento do privilégio, enseja uma maior repressão estatal, nos termos do art. 33, § 3º, do CP e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Assim, inexistente coação ilegal a ser sanada, uma vez que esta Corte tem decidido que, em se tratando do delito previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade, variedade e espécie dos entorpecentes apreendidos podem motivar o estabelecimento do regime mais gravoso.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.340/2006. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)

4. Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, o julgador deve observar os critérios do art. 33 do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

5. Embora o paciente seja primário e a pena tenha sido fixada em 5 (cinco) anos de reclusão, revela-se correta a fixação do regime inicial mais gravoso (fechado), tendo em vista a natureza e a quantidade da droga apreendida (45 porções de cocaína, 26 invólucros de crack e 31 trouxinhas de maconha).

(...)

7. Habeas corpus não conhecido. (HC 326.192/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 26/04/2016) - grifei.

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME FECHADO. MOTIVAÇÃO CONCRETA. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

3. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

(...)

5. *Devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial fechado, com base em elementos concretos dos autos, a saber, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas - 59 pinos de crack, 138 porções de maconha e 9 invólucros de cocaína - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.*

6. *Habeas corpus não conhecido.* (HC 371.857/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 10/02/2017) - grifei.

Ante o exposto, inexistindo coação ilegal a ensejar a atuação *ex officio* desta Corte, **não conheço do habeas corpus**, pois manifestamente incabível na espécie.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0012015-1

HC 385.934 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00458431320158260050 200160000725403 458431320158260050

EM MESA

JULGADO: 28/03/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

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	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: JULIANA MARTINS DE CARVALHO MONNERAT - SP225741
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: LUCAS RODRIGO DE JESUS

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.