



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 362.280 - SP (2016/0180299-4)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MENESIO PINTO CUNHA JUNIOR
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLEITON BENTO DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À SANÇÃO CORPORAL TOTAL DE 6 ANOS E 8 MESES DE RECLUSÃO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NOCIVIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS E PRESENÇA DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA LEI N. 11.434/2006 E DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. TRÁFICO PRIVILEGIADO. NÃO RECONHECIMENTO. PACIENTE REINCENTE. NÃO ATENDIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.434/2006. INEXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. REGIME PRISIONAL FECHADO FIXADO COM BASE NA QUANTIDADE/NOCIVIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS, NOS MAUS ANTECEDENTES E NA REINCENTÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MANUTENÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. INVIABILIDADE. MONTANTE DA PENA SUPERIOR A 4 ANOS. *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.

– 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.

– Consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, na fixação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, observa-se que a pena-base do delito de tráfico de entorpecentes afastou-se do mínimo legal com base na quantidade e na nocividade das drogas apreendidas (*70 cápsulas de crack, pesando 13,7 gramas; e 13 porções de maconha, totalizando 14,7 gramas*) e na vasta lista de antecedentes do acusado, não havendo qualquer ilegalidade a ser sanada, pois o acréscimo de 1/3 à pena basilar encontra-se proporcional e baseado em elementos concretos, devendo ser mantido em respeito à discricionariedade do julgador.

– Por decorrer de expressa previsão legal descrita no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, inexistente *bis in idem* na utilização da reincidência como agravante e para justificar o afastamento do tráfico privilegiado, pois é possível que um mesmo instituto jurídico seja apreciado em fases distintas da dosimetria da pena, gerando efeitos diversos. Precedentes.

– Hipótese em que o tráfico privilegiado não foi reconhecido com base na reincidência e nos maus antecedentes do acusado, fundamentação idônea que não enseja constrangimento ilegal.

– O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 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. Diante disso, há de ser afastado o fundamento da hediondez do delito na fixação do regime fechado.

– Nos termos da Súmula n. 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*. Na mesma esteira, as Súmulas n. 718 e n. 719 do STF.

– No caso, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal e o acórdão recorrido fundamentou a necessidade do regime mais gravoso com lastro na reincidência do paciente, na quantidade/nocividade das drogas apreendidas e na presença de maus antecedentes, argumentos que estão em consonância ao disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

– Inalterada a pena corporal, é inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois o montante de pena não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atende ao requisito objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal.

– *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 Ribeiro Dantas, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 1º de setembro de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 362.280 - SP (2016/0180299-4)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MENESIO PINTO CUNHA JUNIOR
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLEITON BENTO DA SILVA

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo do recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de CLEITON BENTO DA SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0000039-48.2014.8.26.0570).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 6 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006 (fls. 22/27).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal local negou provimento (fls. 17/21), em acórdão assim ementado:

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. Preliminar. Alegada carência de fundamentação na fixação da pena-base acima do mínimo legal. Maus antecedentes, bem como a variedade e quantidade de droga apreendida, justificam o aumento de 1/3 na pena-base. Sentença fundamentada de forma sucinta, o que não implica em carência de argumentos. Preliminar rejeitada.

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. Penas bem dosadas, em atenção aos maus antecedentes e a reincidência do réu. Apelo não provido.

No presente *mandamus* (fls. 1/16), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois manteve sentença que exasperou a pena-base sem a devida fundamentação e não aplicou o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 com base na reincidência, embora tal circunstância tenha sido utilizada na segunda fase da dosimetria, não podendo ser novamente sopesada, sob pena de indevido *bis in idem*. Além disso, afirma que a não aplicação da minorante, com base na reincidência, representa nova aplicação de pena por crime anterior, já apenado. Em consequência do pleiteado redimensionamento da pena, também defende o cabimento de regime prisional



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

menos gravoso, além da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Ao final, liminarmente e no mérito, pede a redução da pena do paciente, além da alteração do regime prisional para o semiaberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Pedido liminar indeferido (fls. 40/42).

Informações prestadas às fls. 50/52 e 79/85.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela denegação da ordem, caso conhecida (fls. 92/95).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 362.280 - SP (2016/0180299-4)

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.

Cumpre 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 a defesa a redução da pena-base, a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 e a consequente alteração do regime prisional e substituição da pena corporal por medidas restritivas de direitos.

Como é cediço, 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.

Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre *in casu*, o juiz



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, *in verbis*:

Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

No caso, o sentenciante, após as considerações acerca da autoria e materialidade, condenou o paciente como incurso no art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e aplicou as reprimendas nos seguintes moldes (fls. 65/66):

A quantidade de entorpecente e as demais circunstâncias, como já mencionado, indicam a narcotraficância, eis que inegável que a substância entorpecente apreendida se destinava a alimentar o narcotráfico. Seguindo o critério do artigo 59 do Código Penal, fixo a pena base por infração ao artigo 33, "caput", da Lei 11.343/06 acima do mínimo legal, por entender desfavoráveis as circunstâncias do crime e a personalidade do réu, no patamar de 2/6, fixando-a em 06 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e o pagamento de 650 (seiscentos e cinquenta) dias-multa, fixado o valor unitário do dia-multa em um trigésimo do valor do salário mínimo vigente à época dos fatos, devidamente corrigido até a efetiva execução da sanção pecuniária, na forma do artigo 43, do mesmo diploma legislativo. Compenso na segunda fase a circunstância atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, razão pela qual mantenho a pena base. À mingua de outras circunstâncias que pudessem modificar a pena fixada, torno-a definitiva, eis que não estão presentes os requisitos ensejadores da causa de diminuição do parágrafo 4º do artigo 33 da lei 11.343/06.

O Tribunal revisor manteve íntegra a sentença e, quanto à dosimetria, o voto condutor do acórdão consignou que (fls. 84/85):

A pena-base foi adequadamente fixada 2/6 (fração que equivale a 1/3) acima do mínimo legal, levando-se em conta os maus antecedentes do réu (apenso fls. 20, 23 e 24) e diante do significativo montante de entorpecentes localizados em seu poder (70 porções de cocaína na forma de pedras de crack, com peso bruto de 13,7g e 13 porções de maconha com peso bruto de 14,7g), em 06 anos e 08 meses de reclusão, bem como 650 dias-multa, no piso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ocorre que houve evidente erro de cálculo na quantidade de dias-multa, pois não correspondeu ao mesmo percentual aplicado à pena privativa de liberdade, sendo que o correto é 666 dias-multa, no piso.

Entretanto, a ausência de recurso do Ministério Público torna impossível a correção do equívoco mencionado, tendo em vista a proibição da chamada reformatio in pejus.

Na segunda fase, a pena não se alterou, pois a reincidência (Certidão com trânsito em julgado de fls. 25 do apenso crime de furto) foi compensada integralmente com a confissão espontânea.

Ausentes causas de aumento e de diminuição, pois a reincidência e maus antecedentes reconhecidos afastam o benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, a sanção fica mantida em 06 anos e 08 meses de reclusão, bem como 650 dias-multa, no piso.

Pela leitura da sentença e do acórdão recorridos acima transcritos, observa-se que inexiste constrangimento ilegal a ser sanado na primeira fase da dosimetria, uma vez que a pena-base do paciente afastou-se do mínimo legal com lastro nos maus antecedentes do acusado e na quantidade e nocividade das drogas apreendidas, quais sejam, *70 cápsulas de crack, pesando 13,7 gramas, e 13 porções de maconha, totalizando 14,7 gramas*, argumentos válidos para tal fim, pois em consonância ao já mencionado art. 42 da Lei n. 11.343/2006, ao art. 59 do CP e à jurisprudência desta Corte, que destaco:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. DEPOIMENTOS DE POLICIAIS. CREDIBILIDADE. COERÊNCIA COM O CONJUNTO PROBATÓRIO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVA. PENA BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES E NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA.

(...)

4. No tocante à fixação da pena-base acima do mínimo legal, foram adotados elementos concretos para justificar a dosimetria, não se mostrando arbitrário o quantum imposto, levando-se em consideração os maus antecedentes, a natureza do material apreendido e a quantidade da substância entorpecente apreendida.

5. Habeas corpus não conhecido. (HC 211.203/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 03/11/2015) - grifei.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.**

(...)

- Habeas corpus não conhecido. (HC 338.956/SP, deste Relator, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 09/12/2015) - grifei.

Assim, inviável o pleito de redução da pena-base, uma vez que os maus antecedentes do acusado e a quantidade/nocividade das drogas apreendidas justificam a exasperação promovida pelas instâncias ordinárias, que deve ser mantida em respeito à discricionariedade vinculada do julgador.

Prosseguindo, em relação ao argumento defensivo de que ocorreu, na espécie, o vedado *bis in idem*, pois a reincidência foi utilizada, na segunda fase, para agravar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena e, na terceira etapa, para impossibilitar a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, entendo, também, que inexistente coação ilegal a ser sanada na presente via, pois este último dispositivo prevê, expressamente, que a redução da pena opera-se desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Assim, por decorrer de expressa previsão legal, inexistente ilegalidade na utilização da reincidência como agravante e para justificar o afastamento do tráfico privilegiado, pois é possível que um mesmo instituto jurídico seja apreciado em fases distintas da dosimetria da pena, gerando efeitos diversos, não havendo, ainda, que se falar em nova aplicação de pena por crime já apenado.

Ademais, na espécie, o paciente, além de reincidente, é detentor de maus antecedentes, o que justifica, também, a não aplicação do redutor.

A propósito:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. EXASPERAÇÃO NA PRIMEIRA E NA SEGUNDA ETAPA DA DOSIMETRIA. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. VALORAÇÃO NA SEGUNDA E NA TERCEIRA FASE. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)

3. 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.

4. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a utilização da agravante de reincidência para majorar a pena, assim como para afastar a aplicação do redutor previsto na Lei de Drogas, não caracteriza ofensa ao princípio do non bis in idem.

5. Reconhecida pelas instâncias ordinárias a reincidência do paciente, 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 297.874/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 28/06/2016) - grifei.

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. 1. ACÓRDÃO GUERREADO. TESES DEFENSIVAS ANALISADAS. OMISSÃO. AUSÊNCIA. 2. CONDENAÇÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. 3. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO DE CORRÉUS. IRRELEVÂNCIA. ENVOLVIMENTO DE MENOR. CONFIGURAÇÃO DO DELITO. 4. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, INCISO VI, DA LEI N.º 11.343/06. AFASTAMENTO. ASPECTOS OBJETIVOS. CONSIDERAÇÕES OUTRAS. INCURSÃO NA SEARA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. 5. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE. INAPLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA BENESSE. 6. WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)

5. Não há ilegalidade na utilização da reincidência como agravante genérica e para afastar o reconhecimento da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, porquanto é possível que um mesmo instituto jurídico seja apreciado em fases distintas na dosimetria da pena, gerando efeitos diversos, conforme previsão legal específica. Ademais, não se aplica a causa especial de diminuição de pena do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/2006 ao réu também condenado pelo crime de associação pra o tráfico de drogas, tipificado no artigo 35 da mesma Lei. Precedentes.

6. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 348.529/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 29/04/2016) - grifei.

Quanto ao regime, o sentenciante fixou o fechado com base na hediondez do delito (fl. 66). O acórdão recorrido manteve o regime mais gravoso, destacando que (fl. 85):

Quanto ao regime inicial de cumprimento, deve ser mantido o fechado em atenção aos maus antecedentes e à reincidência do réu, bem como às circunstâncias especialmente gravosas (art. 59, caput e inciso III, do CP).

Ademais, o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, conquanto dê ensejo a interpretações conflitantes, determina o regime inicial fechado,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

principalmente quando reforçado pelo cenário de expressiva quantidade e nocividade das drogas apreendidas e porque a Lei 11.343/06 se trata de Lei especial, também com regime especial de cumprimento de pena.

Como é cediço, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 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.

Assim, entendo que as referências feitas, na sentença e no acórdão recorrido, à hediondez do delito devem ser afastadas como fundamento utilizado para o estabelecimento e manutenção do regime mais gravoso.

Por outro lado, destaque-se que 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 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, *in verbis* :

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, apesar de o montante da sanção (6 anos e 8 meses de reclusão) comportar o regime semiaberto, o acórdão recorrido fundamentou a necessidade do regime mais gravoso com lastro na quantidade/nocividade das drogas apreendidas, nos maus



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

antecedentes e na reincidência do paciente, argumentos que estão em consonância ao disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006, motivo pelo qual é de ser mantido o regime fechado.

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CONDENAÇÕES CRIMINAIS COM MAIS DE 5 ANOS. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. TRÁFICO PRIVILEGIADO. NÃO APLICAÇÃO DA REDUTORA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. MAUS ANTECEDENTES. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO E QUANTIDADE DA DROGA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

4. O Supremo Tribunal Federal, 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, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59 do Código Penal.

5. No caso, tendo a pena-base sido fixada acima do mínimo legal, bem como a quantidade de droga apreendida, não se vislumbra ilegalidade na fixação do regime mais gravoso.

(..)

7. Habeas corpus não conhecido. (HC 354.587/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016) - grifei.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. APENADO REINCIDENTE. INTELIGÊNCIA DO ART. 33, § 2º, ALÍNEA "B", DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Firmou-se nesta Corte 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 ou em outra situação que demonstre efetivamente um plus na gravidade do delito.

3. Conforme inteligência do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal, em hipóteses de condenação a pena de reclusão superior a 4 (quatro) anos e inferior a 8 (oito) anos, a fixação do regime inicial semiaberto para o resgate da reprimenda condiciona-se à ausência de reincidência do apenado. Desse modo, cuidando-se de réu reincidente, reputa-se idônea a fixação de regime fechado para cumprimento inicial da pena de reclusão, ainda que imposta reprimenda inferior a 8 (oito) anos de segregação.

- Habeas corpus não conhecido. (HC 344.965/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 14/06/2016, DJe 21/06/2016) - grifei.

Por fim, inalterada a pena corporal, é inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois o montante da pena não atende ao requisito objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal.

Ante o exposto, inexistindo constrangimento ilegal a ensejar a atuação *ex officio* desta Corte Superior de Justiça, **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: 2016/0180299-4

HC 362.280 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00000394820148260570 14942014 394820148260570

EM MESA

JULGADO: 01/09/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MENESIO PINTO CUNHA JUNIOR - SP149434
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLEITON BENTO DA SILVA

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.