



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 409.043 - SP (2017/0177716-0)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : ELISEU MINICHILLO DE ARAÚJO E OUTRO
ADVOGADOS : ELISEU MINICHILLO DE ARAÚJO - SP103048
ANA PAULA MINICHILLO DA S. CABRAL - SP246610
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FELIPE ALEIXO DIAS

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO. INVIABILIDADE. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06) NÃO APLICAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO INDICATIVAS DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME FECHADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO (ART. 33, § 3º DO CP E ART. 42 DA LEI N. 11.343/06). SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PATAMAR DA REPRIMENDA SUPERIOR A 4 ANOS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. O acolhimento dos pedidos da defesa de absolvição e desclassificação da conduta para o tipo penal previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/06 demandaria o reexame aprofundado de provas, inviável em *habeas corpus*.

3. Os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias para não aplicar ao caso concreto a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, em razão da dedicação do paciente às atividades criminosas, evidenciada sobretudo pelas circunstâncias do delito, pois, além das drogas apreendidas, o paciente vendia e guardava drogas em sua residência, atuando habitualmente no tráfico de drogas, está em consonância com o entendimento desta Corte. 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*.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Corte e os Enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

No caso dos autos, os fundamentos utilizados pela Corte estadual revelam que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, tendo em vista as circunstâncias judiciais desfavoráveis presentes na hipótese, tendo sido negada, inclusive, a causa redutora de pena (§ 4º do art. 33). Dessa forma, em razão desses fundamentos e da reprimenda corporal ter sido estabelecida em patamar superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão, correta a fixação do regime mais gravoso, no caso o fechado, em conformidade com o disposto no art. 33, § 3º, do CP e 42 da Lei n. 11.343/06.

5. A fixação da pena privativa de liberdade em patamar superior a 4 (quatro) anos impede a sua substituição por restritivas de direitos (art. 44, I, do CP).

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 26 de setembro de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 409.043 - SP (2017/0177716-0)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : ELISEU MINICHILLO DE ARAÚJO E OUTRO
ADVOGADOS : ELISEU MINICHILLO DE ARAÚJO - SP103048
ANA PAULA MINICHILLO DA S. CABRAL - SP246610
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FELIPE ALEIXO DIAS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de FELIPE ALEIXO DIAS, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido na Apelação n. 0095632-15.2014.8.26.0050.

Infere-se dos autos que o paciente foi denunciado pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 (tráfico de drogas), sendo absolvido em primeiro grau.

A Corte estadual deu provimento ao apelo do Ministério Público para condenar o paciente, como incurso nas penas do artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, em acórdão acostado às fls. 188/200.

No presente *writ*, o impetrante sustenta, inicialmente, que é apenas usuário de drogas, devendo o delito ser desclassificado para o previsto no art. 28 da Lei de Drogas, ou ainda, o paciente deveria ser absolvido pois é primário, possui bons antecedentes e foi surpreendido na posse de pouca quantidade de drogas.

Aduz que não há provas de que pratica atividade criminosa, devendo ser aplicado a causa redutora de pena no patamar máximo (2/3).

Requer, assim, liminarmente e no mérito, a manutenção da sentença ante o reconhecimento do *error in iudicando*, ou a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343.06, para que haja a redução da pena em grau máximo e que o regime inicial de cumprimento da pena seja aberto, com a substituição da pena por restritiva de direitos.

Indeferida a liminar às fls. 222/224 e prestadas as informações às fls. 229/245, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* (fls. 247/258).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 409.043 - SP (2017/0177716-0)

VOTO

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

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Passo à análise das alegações expostas na inicial tão somente para verificar se existe flagrante constrangimento ilegal que autorize a concessão da ordem de ofício.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, a desclassificação do delito de tráfico ilícito de entorpecentes para a conduta do art. 28 da Lei de Drogas, a redução da pena-base, a aplicação da causa redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas no patamar máximo (2/3), com a consequente fixação de regime prisional aberto e substituição da pena por restritiva de direitos.

O paciente, juntamente com outro comparsa e um adolescente, foi preso em flagrante, pois estava na posse e mantinha em depósito, 246 porções de cocaína e 31 porções de maconha, bem como a quantia de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais).

Diante disso, o paciente foi condenado pelo Tribunal de origem pela prática de tráfico de drogas, à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, conforme se verifica:

Como se vê, a prova amealhada aos autos é segura no sentido de que os apelados, efetivamente, estavam a perpetrar o tráfico de drogas.

É que as testemunhas policiais afirmam, de maneira uniforme, que os apelados, que se encontravam em local notoriamente conhecido como de tráfico, estavam abaixados manuseando algo, constatando-se, em seguida, que no chão, justamente no local em que eles mexiam, havia uma pochete na qual foi encontrada considerável quantidade de drogas ilícitas e dinheiro, em notas diversas.

Além disso, uníssonos são os depoimentos policiais no sentido de que com cada um dos apelados havia porções de drogas ilícitas, além de dinheiro, disposto em notas diversas.

Não bastasse, relatam os policiais que com o adolescente, que estava na companhia dos apelados, foi encontrada a quantia de R\$ 200,00 e, ainda, que, numa sacola, localizada nas proximidades do local em que todos estavam, foram encontrados milhares de eppendorfs vazios, além de considerável quantia de porções de cocaína,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

salientando o policial Roberto que estas porções eram do mesmo tipo das que estavam sendo manuseadas pelos apelados e pelo adolescente.

Aduz o policial Roberto, por fim, que a mãe do adolescente confirma que o dinheiro apreendido em sua residência, pertencente ao adolescente, era, provavelmente, fruto de tráfico, eis que o adolescente não trabalha.

Frise-se que os relatos policiais encontram-se em consonância com o que por eles afirmado na primeira fase da persecução penal.

Não é muito assinalar que nada consta dos autos que permita a conclusão de que os agentes públicos tivessem motivo para incriminar os apelados graciosos e falsamente, merecendo os depoimentos total credibilidade, conforme, a propósito, pacífico entendimento jurisprudencial dominante nos tribunais.

[...]

Quanto às porções de cocaína constantes na sacola, é fato que parte das drogas não ter sido encontrada com os apelados decorre da notória conduta dos traficantes em não manter toda a droga destinada ao tráfico em seu poder, a fim de dificultar a responsabilização, mas, também, de terem-na sob sua guarda, a possibilitar o tráfico e impedir que outros dela se apropriem.

É fato que nenhum traficante deixa droga em local onde outrem possa dela se apossar.

Por isso, inegavelmente, aos apelados e ao adolescente pertenciam a totalidade das drogas e do dinheiro apreendidos.

Ora, resta claro, diante das circunstâncias da apreensão e da volumosa quantidade de drogas ilícitas e dinheiro apreendidos, que os apelados e o adolescente estavam, de fato, a traficar.

[...]

Deve ser salientado que o fato de os apelados não terem sido surpreendidos vendendo drogas ilícitas não modifica o deslinde do feito e não desnatura o estado de flagrância, pois, por se tratar de crime de natureza permanente, o tráfico de drogas configura-se pela simples guarda ou posse da droga, para fim de comercialização, atos que antecedem a entrega da substância a terceiros.

Em razão da quantidade e diversidade de drogas e as maneiras pelas quais estavam acondicionadas, a apreensão de considerável quantia em dinheiro sem origem lícita cabalmente comprovada e as circunstâncias da apreensão, ou seja, em local notoriamente conhecido como de tráfico, é forçoso reconhecer que a condenação dos apelados é medida de rigor.

[...]

A respeito da causa de aumento de pena, por ter o crime sido cometido com envolvimento de adolescente, o reconhecimento é de rigor, na medida em que restou devidamente demonstrada a participação do adolescente nas espúrias atividades perpetradas pelos apelados.

Assim, são fixadas as penas-base, para cada um dos apelados, com esteio no artigo 42 da Lei 11.343/06, na fração de 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, ou seja, em 5 (cinco) anos e 10



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(dez) meses de reclusão, em razão da grande quantidade de drogas ilícitas apreendidas e da natureza da cocaína, substância de poder nefasto.

No segundo momento, ante as menoridades relativas dos apelados (fls. 27 e 32), retornam as penas ao patamar mínimo legal.

E no terceiro momento, aumentam-se as penas de cada um na fração de 1/6 (um sexto), em razão da comprovada participação de adolescente na prática criminosa perpetrada pelos apelados.

Ainda no terceiro momento, não é caso de aplicação do redutor previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, pois, como se sabe, a mens legis ao instituir o referido redutor foi beneficiar o criminoso ocasional, que agiu de modo excepcional, não sendo este o caso dos autos, pois a quantidade e variedade de drogas ilícitas apreendidas, a apreensão de considerável quantia em dinheiro, sem origem lícita cabalmente comprovada, os relatos das testemunhas, bem como as circunstâncias da apreensão, ou seja, em local notoriamente conhecido como de tráfico, indicam que os apelados não agiram de modo isolado, casual, demonstrando, ao contrário, envolvimento deles com a atividade criminosa, inclusive com os fornecedores das drogas ilícitas apreendidas. Assim, torna-se a pena definitiva em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão.

Obedecendo ao mesmo raciocínio acima explicitado, fixa-se a pena de multa, para cada um dos apelados, em 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, cada dia no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, atualizado.

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, fixa-se o fechado, já que a prática criminosa, perpetrada pelos apelados, além de atingir o bem jurídico tutelado pelo legislador, contribui para a prática de inúmeros outros ilícitos penais, tão ou mais graves que o agora imputado, como é notório. Aliás, o tráfico permite que marginais dados à prática de crimes contra o patrimônio, pelo uso de drogas ilícitas, adquiram “coragem” para as empreitadas criminosas. Também o espúrio comércio faz campear a corrupção de agentes públicos, para permitir a continuidade dessas práticas delituosas. Não há como olvidar, ainda, das consequências dessa danosa conduta, a formar multidões de dependentes de drogas ilícitas, que causam a desagregação familiar. Igualmente como consequência do tráfico, tem-se a queda da produtividade do cidadão e a dependência do sistema público de saúde, já tão deficiente. E ninguém deve almejar um planeta de viciados. Frise-se que a imposição de regime mais brando acabaria gerando um incentivo à prática do comércio ilegal, causando na sociedade a sensação de impunidade daqueles que do tráfico fazem seu meio de vida. No caso em comento considera-se, ademais, a elevada quantidade de drogas ilícitas apreendidas e a natureza da cocaína. Por todos esses motivos, fixa-se o regime inicial fechado.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso, para condenar os apelados Felipe Aleixo Dias e Antônio Carlos Barbosa da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Silva como incurso nas penas do artigo 33, "caput", da Lei 11.343/06, cada um deles a **5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão**, em regime inicial fechado, e a 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, cada dia no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, atualizado (fls. 237/243).*

Com base nas provas dos autos, sobretudo as circunstâncias do delito, onde restou comprovada a divisão de tarefas entre o paciente, o corréu e o adolescente, bem como o modo que as drogas estavam embaladas, a quantia de dinheiro encontrada sem origem lícita, bem como os depoimentos policiais, a Corte estadual entendeu que o paciente praticava tráfico de drogas. Para se afastar essa conclusão, é necessário o reexame aprofundado de provas, inviável em sede de *habeas corpus*.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. VALIDADE. PLEITOS DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE NA VIA ELEITA. APLICAÇÃO DA PENA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. REVISÃO. DESCABIMENTO. PREJUDICADOS OS PEDIDOS DE ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL E DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE PREJUDICADO E, NO MAIS, DENEGADO.

1. Os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções, revestindo-se tais depoimentos de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório. *Precedentes.*

2. **Não é possível, na estreita via do habeas corpus, apreciar os pedidos de absolvição e de desclassificação da conduta de tráfico para uso de entorpecentes, dada a necessidade de aprofundado exame do acervo fático-probatório. Precedentes.**

[...]

9. *Habeas corpus parcialmente prejudicado e, no mais, denegado* (HC 209.549/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 11/9/2013).

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. PORTE DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. LEI N. 10.826/2003. ABSOLVIÇÃO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. ATIPICIDADE DA CONDUTA NÃO EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

2. **O habeas corpus não se presta para a apreciação de alegações que buscam a absolvição do paciente, em virtude da necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via eleita. Precedente.**

3. A conclusão do Colegiado a quo se coaduna com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o crime previsto no art. 16, parágrafo único, inc. IV, da Lei n. 10.826/2003 é de perigo abstrato, sendo desnecessário perquirir sobre a lesividade concreta da conduta, porquanto o objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física, e sim a segurança pública e a paz social, colocados em risco com porte de arma de fogo com numeração raspada, revelando-se despicienda a comprovação do potencial ofensivo do artefato através de laudo pericial. Precedentes.

4. Habeas corpus não conhecido (HC 334.545/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 29/03/2016).

Noutro ponto, verifico que os fundamentos utilizados pelo Tribunal a quo para não aplicar ao caso concreto a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, em razão da dedicação da paciente às atividades criminosas, evidenciada, sobretudo, pelas circunstâncias do delito, que comprovam que o paciente praticava o tráfico de modo habitual, inclusive como fornecedor de drogas, está em consonância com o entendimento desta Corte.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRETENDIDA APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS EM LEI. COAÇÃO NÃO VERIFICADA. RECURSO IMPROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 666.334/AM, sob o regime da repercussão geral, firmou o entendimento de que a natureza e a quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico de drogas devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, sob pena de indevido bis in idem, cabendo ao magistrado decidir em que momento as utilizará.

2. **No caso dos autos, a natureza e a quantidade do entorpecente apreendido foram utilizadas para a fixação da pena-base acima do mínimo, e não obstante terem sido mencionadas na terceira fase da dosimetria, o Tribunal a quo afastou a aplicação da causa de diminuição especial por entender**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que o paciente se dedicava a atividades criminosas em razão das circunstâncias do delito, que denotam a habitualidade delitiva do sentenciado. Precedente.

3. Agravo Regimental improvido (AgRg no HC 347.192/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 09/08/2016).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTOS VÁLIDOS PARA A MODULAÇÃO DO ÍNDICE DE REDUÇÃO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS. CRITÉRIO IDÔNEO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

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

2. Segundo reiterada jurisprudência dos Tribunais Superiores, a quantidade e a natureza da droga apreendida podem ser sopesadas na definição do índice de redução da pena pela incidência do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 ou, até mesmo, no impedimento da aplicação da referida minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. Precedentes.

3. No caso, o Juiz sentenciante, dentro do critério de discricionariedade vinculada do julgador na individualização da pena, reduziu a pena em 1/6, com fundamento na variedade e natureza das drogas apreendidas - 22 pinos de cocaína (15g) e 26 papelotes de maconha (51,8g) -, o que não se mostra desproporcional.

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 dos arts. 33 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006.

[...]

7. Habeas corpus não conhecido (HC 296.067/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 10/05/2016).

Ademais, para se acolher a tese de que o paciente não se dedica às atividades criminosas, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em *habeas corpus*. Confira-se, a propósito, o seguinte julgado:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. QUALIFICAÇÃO DE TESTEMUNHA MANTIDA SOB SIGILO, PERMITIDA SUA DIVULGAÇÃO APENAS AO ADVOGADO DOS ACUSADOS, JUIZ E PROMOTOR. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. CONDENAÇÃO BASEADA EM OUTRAS PROVAS, COLHIDAS SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PENA MAIOR QUE QUATRO ANOS. HABEAS CORPUS DENEGADO.

[...]

3. Inaplicável a causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006 na hipótese, na medida em que, conforme consignado pela sentença condenatória, mantida pelo acórdão de apelação impugnado, o Paciente não preenche os requisitos legais, tendo em vista se dedicar à atividade criminosa. E, não é possível, na estreita via do habeas corpus, rever a conclusão exarada pela instância ordinária, por demandar incabível reexame do conjunto fático-probatório. Precedentes.

[...]

5. Habeas corpus denegado (HC 206.142/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 23/4/2013).

Com relação ao regime inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade do paciente, entendo que o acórdão do Tribunal de origem está devidamente fundamentado.

É firme neste Tribunal 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 n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam:

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 dos autos, os fundamentos utilizados pela Corte estadual revelam que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, tendo em vista as circunstâncias judiciais desfavoráveis presentes na hipótese, tendo sido negada, inclusive, a causa redutora de pena (§ 4º do art. 33). Dessa forma, em razão desses fundamentos e da reprimenda corporal ter sido estabelecida em patamar superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão, correta a fixação do regime mais gravoso, no caso o fechado, em conformidade com o disposto no art. 33, § 3º, do CP e 42 da Lei n. 11.343/06.

A propósito, confirmam-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE CONSIDERÁVEL DA DROGA. 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. HEDIONDEZ DO CRIME. FUNDAMENTO INIDÔNEO. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE ENSEJAM A NECESSIDADE DO REGIME MAIS GRAVOSO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- 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.

- O regime de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena comporta pode ser estabelecido com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas 440/STJ e 718/STF.

- No caso, considerando-se que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em razão da quantidade e nocividade da droga apreendida, há circunstância concreta que recomenda o regime mais gravoso, para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

- Habeas corpus não conhecido (HC 321.684/SP, Rel.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 30/03/2016).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA DO ARTIGOS 33, §2º E §3º, DO CÓDIGO PENAL E 42 DA LEI N. 11.343/2006. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

III - No caso concreto, as instâncias ordinárias negaram a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.434/2006 ao fundamento de que a paciente se dedicaria à atividades criminosas. Rever tal entendimento exigiria dilação fático-probatória, o que encontra óbice na estreita via do habeas corpus.

IV - O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 - com redação dada pela Lei nº 11.464/07. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

V - In casu, fixada a pena-base acima do mínimo legal, porque presente circunstância judicial desfavorável, mostra-se adequada a aplicação do regime inicial mais gravoso (no caso, o fechado), à paciente, condenada à pena inferior a 8 (oito) anos, primária, ostentando condições judiciais desfavoráveis, nos termos da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, §§ 2º e 3º, ambos do Código Penal e art. 42 da Lei 11.343/2006, o que afasta a alegação de qualquer ilegalidade.

Habeas corpus não conhecido, revogada a liminar anteriormente deferida (HC 340.833/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 28/03/2016).

Por fim, no tocante à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, observa-se que o paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44 do CP, haja vista que a pena privativa de liberdade restou fixada em patamar superior a 4 (quatro) anos.

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer do presente *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0177716-0

HC 409.043 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00956321520148260050 20160000376875 956321520148260050

EM MESA

JULGADO: 26/09/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ELISEU MINICHILLO DE ARAÚJO E OUTRO
ADVOGADOS : ELISEU MINICHILLO DE ARAÚJO - SP103048
ANA PAULA MINICHILLO DA S. CABRAL - SP246610
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FELIPE ALEIXO DIAS
CORRÉU : ANTONIO CARLOS BARBOSA 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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.