



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 411.157 - SP (2017/0195255-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : LAZARO GUSTAVO RODRIGUES LOPES
ADVOGADO : LAZARO GUSTAVO RODRIGUES LOPES - SP343362
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VIVIANE DA SILVA ANDRE (PRESO)

EMENTA

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. RÉ QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE E NATUREZA DE DROGA ALIADAS A OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS. *BIS IN IDEM* NÃO EVIDENCIADO. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA.

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. 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 pela instância antecedente, com fulcro na expressiva quantidade e na natureza do entorpecente encontrado (29 porções de *crack* mais outra porção grande da mesma substância de 79g), assim como nos demais elementos constantes dos autos, que a paciente se dedica ao tráfico de entorpecentes, a alteração desse entendimento – para 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.
4. Não há *bis in idem* quando, embora tenham sido valoradas a quantidade e a natureza da droga na primeira e na terceira etapa do cálculo da pena, há outros elementos dos autos que, por si só, evidenciam a dedicação da paciente a atividades criminosas. Precedentes.
5. Estabelecida a pena em 5 anos de reclusão e sendo desfavoráveis as circunstâncias judiciais, o regime inicial fechado (imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o adequado para a reprovação do delito, nos exatos termos do art. 33, § 2º, "a", e § 3º, do CP.
6. 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.
7. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Joel Ilan Paciornik, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 26 de setembro de 2017 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 411.157 - SP (2017/0195255-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : LAZARO GUSTAVO RODRIGUES LOPES
ADVOGADO : LAZARO GUSTAVO RODRIGUES LOPES - SP343362
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VIVIANE DA SILVA ANDRE (PRESO)

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 **VIVIANE DA SILVA ANDRE** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que a paciente foi condenada à pena de 9 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 1.400 dias-multa, pela prática dos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

O Tribunal de origem deu parcial provimento à apelação interposta pela defesa para absolver a paciente pelo delito de associação para o tráfico de entorpecentes, redimensionando a pena imposta para 5 anos de reclusão, mantido o regime fechado, e ao pagamento de 500 dias-multa.

Neste *writ*, o impetrante alega que configura *bis in idem* a utilização da quantidade e natureza da droga como argumento tanto para o aumento da pena-base quanto para impedir a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Destaca que a quantidade e natureza da droga apreendida, por si só, não constitui óbice à concessão da benesse.

Sustenta ser inidônea a fixação do regime inicial fechado com fundamento na quantidade e na natureza da substância apreendida, bem como na gravidade abstrata e na hediondez do crime de tráfico, em contrariedade às Súmulas 718 e 719 do STF.

Por fim, defende a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

Requer, assim, a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas no grau máximo de 2/3, com o redimensionamento da pena, a fixação de regime mais brando e a aplicação da permuta legal.

Informações prestadas (e-STJ, fls. 48-50 e 57-71).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus* (e-STJ, fls. 73-79).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 411.157 - SP (2017/0195255-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : LAZARO GUSTAVO RODRIGUES LOPES
ADVOGADO : LAZARO GUSTAVO RODRIGUES LOPES - SP343362
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VIVIANE DA SILVA ANDRE (PRESO)

EMENTA

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. RÉ QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE E NATUREZA DE DROGA ALIADAS A OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS. *BIS IN IDEM* NÃO EVIDENCIADO. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA.

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. 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 pela instância antecedente, com fulcro na expressiva quantidade e na natureza do entorpecente encontrado (29 porções de *crack* mais outra porção grande da mesma substância de 79g), assim como nos demais elementos constantes dos autos, que a paciente se dedica ao tráfico de entorpecentes, a alteração desse entendimento – para 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.

4. Não há *bis in idem* quando, embora tenham sido valoradas a quantidade e a natureza da droga na primeira e na terceira etapa do cálculo da pena, há outros elementos dos autos que, por si só, evidenciam a dedicação da paciente a atividades criminosas. Precedentes.

5. Estabelecida a pena em 5 anos de reclusão e sendo desfavoráveis as circunstâncias judiciais, o regime inicial fechado (imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o adequado para a reprovação do delito, nos exatos termos do art. 33, § 2º, "a", e § 3º, do CP.

6. 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.

7. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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.

Sob tal contexto, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesto constrangimento ilegal que autorize a concessão da ordem, de ofício.

A Corte de origem, ao dar provimento ao apelo defensivo, para absolver a paciente do delito de associação para o tráfico, deixou de reconhecer a incidência do redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, em decisão assim motivada:

"No aspecto, os dados da apreensão falam por si. Os apelantes foram surpreendidos na posse de 29 (vinte e nove) porções de cocaína, na forma de *crack*, devidamente embaladas, pesando 9.20g (nove gramas e vinte centigramas), e uma outra porção de cocaína, também na forma de *crack*, pesando 79,00g (setenta e nove gramas), além de embalagens, balança de precisão, celulares e bloco de anotações (fls. 27-29).

A quantidade de entorpecentes, bem como os petrechos encontrados, cotejados com as demais circunstâncias da diligência, impulsionada por delação anônima, deixam bem evidenciado o exercício do narcotráfico.

E muito embora Anderson tenha admitido a propriedade exclusiva dos narcóticos, no afã de isentar as corréis de responsabilidade, não encontrou sucesso nesse mister; ao reverso, os demais elementos probatórios não deixam dúvidas acerca do envolvimento de Bruna e Viviane na mercancia espúria, tal e qual o confitente.

Para tal conclusão, importante destacar que entorpecentes e a balança de precisão foram encontrados no interior de uma bolsa pertencente a Anderson e Viviane, como admitido por ela em solo policial. Afora isso, os policiais afirmaram que há cerca de três meses recebiam notícias de que no local dos fatos ocorria a prática difusiva de drogas, que não poderia estar despercebida de quem ali residisse, por suposto.

A reforçar a disseminação recente, exsurge a contenção do usuário Wagner, que abordado logo após deixar a casa de Bruna, portando apenas uma porção de cocaína, cujo invólucro possuía as mesmas características das demais embalagens plásticas encontradas no interior da residência.

A propósito, em solo policial, o militar Carlos detalhara que a cocaína encontrada junto a Wagner estava embalada em um saquinho plástico transparente, semelhante aos utilizados para embalar sorvetes tipo 'geladinho', e no guarda louças existente na residência de Bruna, as várias embalagens encontradas possuíam idênticas características (fls. 04-05).

Soma-se o caderno com nomes e números de telefones (fls. 260), provavelmente contatos de pessoas envolvidas com o comércio espúrio, pois identificados apenas por alcunhas, com anotações advindas do próprio punho de Bruna, conforme exame grafotécnico de fls. 345-354 e 359-361.

Por fim, a por termo a questionamentos, Anderson admitiu que pretendia vender os entorpecentes em uma festa que aconteceria na represa, mesmo evento para onde iria Bruna, a convite de Rodrigo, a referendar, também no aspecto, a atuação conjunta.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim é que a análise equidistante dos elementos probatórios torna indúvidas autoria e materialidade da prática do delito de tráfico de entorpecentes, a tornar correta, pois, a responsabilização criminal dos acusados, nos moldes do reconhecido na r. sentença recorrida.

[...]

No que toca ao redutor do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, conquanto não esteja inquinado de inconstitucionalidade, pois o mecanismo proporciona ao Magistrado maior liberdade de atuação para aferir no caso concreto a retribuição penal a ser suportada pelo réu, consagrando o princípio constitucional da individualização da pena, a diminuição admitida pela norma combatida não se mostra viável na medida em que se cuide de infração indicativa de alta periculosidade do agente e, em especial, de certa montagem organizacional.

Evidentemente, a intenção do legislador não foi favorecer os traficantes de alto coturno, mas os fornecedores ocasionais, que não denotam perseverança criminosa, hábito delinquencial ou gravíssimo comprometimento para a ordem social, a paz coletiva e a saúde da população em geral.

Tanto, aliás, que o citado art. 33, § 4º, contém expressa referência, para fins de merecimento da redução condescendente, à exigência de que o agente 'não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa'.

Assim, a lei atual trouxe tratamento diferenciado no § 4º, pois o redutor se dirige a quem comete uma das condutas puníveis constantes do *caput* ou do § 1º do artigo 33 sem adotar o comércio proibido como 'profissão' ou meio de vida.

No caso concreto, a atuação dos réus com nítido intuito lucrativo desautorizava, sem dúvida, a causa de diminuição pleiteada, sobretudo diante dos veementes indícios de que exerciam a traficância profissionalmente, ilação que deflui da expressiva quantidade de narcóticos apreendidos e da maneira de atuação do trio, parte do qual advinda de fora, com o propósito de disseminar a droga em festejo local.

Somente uma compreensão literal da norma, distraída da realidade do entorno, permitiria concepção distinta, ou seja, de que a quantidade do entorpecente não reproduzisse fala ao que ali está disposto. Vale dizer, arraigado no mundo profano não é só aquele que replica condutas do jaez, como também o que dispõe de meios a fazê-lo, e como tal, o que encerra o depósito de expressivo volume de narcóticos, algo distinto de mero principiante no mister.

Assim, afastada a aplicação do aludido redutor, argumento que se estende às demais acionadas (...)" (e-STJ, fls. 27-32).

Inicialmente, convém destacar que a individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, **ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade**, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminosas ou integrarem organizações criminosas.

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 delito, 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. (HC 401.121/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1/8/2017 e AgRg no REsp 1.390.118/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 30/5/2017).

In casu, a Corte de origem afastou a incidência da minorante, por entender que, além da **quantidade e da natureza da droga apreendida, as provas colhidas** nos autos demonstram a habitualidade da paciente no comércio reiterado de entorpecentes.

Observa-se que, embora a paciente e os demais corréus tenham sido absolvidos pelo delito de associação para o tráfico porque não havia prova do *animus* associativo entre os agentes, a quantidade de droga (1 pedra de cocaína com peso de 79 g e 29 porções de *crack* - 9,2 g) e os objetos apreendidos (embalagens, balança de precisão, celulares e bloco de anotações) não deixam dúvida da habitualidade delitiva da paciente e dos corréus.

Desse modo, assentado pela instância antecedente, soberana na análise dos fatos, que a paciente se dedica ao comércio ilícito de entorpecentes, 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*.

A propósito:

"[...]

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 n. 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; d) não integre organização criminosas.

2. No caso, revela-se inviável a aplicação da aludida causa especial de diminuição, tendo em vista que as instâncias de origem concluíram, fundamentadamente, com esteio nas provas acostadas aos autos, notadamente nas circunstâncias em que se deu o flagrante, na confissão parcial do corréu, e na quantidade de entorpecentes apreendida, que se dedica a atividades criminosas. Precedentes.

[...]

2. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 384.936/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/3/2017, DJe 5/4/2017);

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. INTERROGATÓRIO. INÍCIO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. PROCEDIMENTO ESPECIAL DA LEI N. 11.343/2006. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. PENA-BASE. REDUÇÃO. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PROVIDÊNCIAS INÓCUAS. SÚMULA N. 231/STJ. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE OS PACIENTES DEDICAVAM-SE A ATIVIDADES CRIMINOSAS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. DENEGAÇÃO DA ORDEM. [...]

3. Concluído pela Corte de origem, com arrimo nos fatos da causa, que os pacientes dedicavam-se às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*. [...]

Habeas corpus denegado."

(HC 385.941/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/4/2017, DJe 8/5/2017).

Impende ressaltar que, embora a quantidade e a natureza das drogas apreendidas tenham sido sopesadas na primeira e na terceira fase do cálculo da pena, não se verifica a ocorrência de *bis in idem*, pois a dedicação da paciente à atividade criminosa se evidencia em outros elementos dos autos que, por si só, autorizam o afastamento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Cito, a propósito, o seguinte precedente:

"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 E NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AUSÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM QUE O PACIENTE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...]

- Não há *bis in idem* quando o Tribunal *a quo* fixa a pena-base acima do mínimo em razão das circunstâncias do delito, inclusive quanto às quantidade e nocividade da droga apreendida e afasta o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa, que restou evidenciada pelas circunstâncias do delito, como a quantidade e diversidade da droga apreendida .

- Em relação ao regime, 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.

- No caso, tendo em vista que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, bem como a quantidade das drogas foi utilizada para afastar o redutor, o regime fechado está justificado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 382.390/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 2/5/2017, DJe 5/5/2017).

Quanto ao pedido de alteração do regime prisional, também não assiste razão ao impetrante.

Consta no acórdão impugnado:

"No que tange ao regime carcerário, diante da potencialidade da droga constricta, destacando-se a lesividade da cocaína e de seu potente derivado, conhecido 'crack', cujos efeitos são devastadores e seu consumo cria rápida dependência, circunstâncias que preponderam sobre aquelas estabelecidas pelo diploma penal substantivo, nos termos do artigo 42 da Lei n. 11.343/2006, é de ser fixado o regime fechado ao início do cumprimento das aflições pelos réus, não havendo que se cogitar da inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, mesmo porque balizado o regime nos termos gerais aqui preconizados de acordo com o art. 33 do Código Penal" (e-STJ, fls. 32-33).

A obrigatoriedade do cumprimento da pena em regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e aos 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 STF, 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 condenação 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.

No caso, verifica-se que o Tribunal de origem justificou a imposição do regime inicial fechado com fundamento na natureza da droga apreendida (*crack*). Ainda que assim não fosse, de fato, o modo inicial fechado é o adequado para a reprovação do delito, tendo em vista a aferição desfavorável das circunstâncias judiciais (quantidade e natureza dos entorpecentes).

Nesse sentido:

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉUS QUE SE DEDICAM À ATIVIDADE CRIMINOSA. INAPLICABILIDADE. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

[...]

4. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar as regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, também o art. 42 da Lei de Drogas.

5. Estabelecida a pena definitiva dos pacientes em patamar inferior a 8 anos de reclusão, o regime inicial fechado (imediatamente mais grave segundo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o *quantum* da sanção aplicada) é o cabível à espécie, tendo em vista a valoração desfavorável das circunstâncias judiciais (quantidade e natureza da droga), que justificou o aumento da pena-base acima do mínimo legal, nos exatos termos do art. 33, § 2º, 'a', e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

[...]

7. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 390.987/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1/8/2017);

"PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DO V. ACÓRDÃO POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONDENAÇÕES AINDA SEM TRÂNSITO EM JULGADO. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO PARA NEGATIVA DA REDUTORA. REGIME INICIAL FECHADO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. REQUISITOS DO ART 44 DO CÓDIGO PENAL NÃO ATENDIDOS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

[...]

III - Conquanto se saiba que o col. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n. 111.840/ES (Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 17/12/2013), declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, *in casu*, verifica-se que as circunstâncias judiciais do art. 59 são desfavoráveis aos ora pacientes, o que impede a fixação inicial do regime semiaberto para início de resgate da reprimenda.

[...]

Habeas corpus não conhecido.

(HC 385.942/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/6/2017, DJe 30/6/2017).

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

Diante do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0195255-0

HC 411.157 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00106301320118260073 106301320118260073 20150000877615

EM MESA

JULGADO: 26/09/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

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	: LAZARO GUSTAVO RODRIGUES LOPES
ADVOGADO	: LAZARO GUSTAVO RODRIGUES LOPES - SP343362
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: VIVIANE DA SILVA ANDRE (PRESO)
CORRÉU	: ANDERSON RODRIGUES DE OLIVEIRA
CORRÉU	: BRUNA TAMARIS COUTINHO MARTINS

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 Joel Ilan Paciornik, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.