



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 365.363 - SP (2016/0203526-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FABIANA CAMARGO MIRANDA GUERRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BRUNO CARNEIRO DOS SANTOS

EMENTA

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. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. MANIFESTA ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. *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. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.

3. Concluído pelo Tribunal de origem que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, tendo em vista, além da expressiva quantidade de entorpecente encontrado, a apreensão de dinheiro sem origem esclarecida e de um caderno de anotações com a movimentação da atividade ilícita, a alteração 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).

4. Não há *bis in idem* quando a Corte estadual, não obstante tenha sopesado a quantidade e a natureza da droga na primeira e na terceira etapa do cálculo da pena – 190 porções de cocaína, 36 porções de *crack* e 234ml de diclorometano (cloreto de metileno) –, indica outros elementos concretos dos autos que, por si sós, evidenciam a dedicação do agente ao tráfico ilícito de entorpecentes, como no caso em apreço. Precedentes.

5. Fixada a pena definitiva em 5 anos de reclusão, revela-se correta a imposição do regime inicial fechado (imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada), tendo em vista a aferição desfavorável de uma das circunstâncias judiciais, nos exatos termos do art. 33, § 2º, "a", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Brasília (DF), 1º de dezembro de 2016(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 365.363 - SP (2016/0203526-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FABIANA CAMARGO MIRANDA GUERRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BRUNO CARNEIRO DOS SANTOS

RELATÓRIO

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

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

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 291 (duzentos e noventa e um) dias multa, como incurso no art. 33, *caput*, § 4º, c/c o art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006.

Em grau de recurso, o Tribunal de origem deu provimento ao apelo do Ministério Público para afastar a figura do tráfico privilegiado e fixar a pena do paciente em 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 500 dias multa, bem como para fixar o regime inicial fechado.

Neste *writ*, alega a impetrante, em síntese, que: a) o paciente é primário e portador de bons antecedentes; b) "não restou comprovado o envolvimento do paciente em organização criminosa ou a prática de atividade criminosa"; c) "o acórdão utilizou a quantidade de droga por duas vezes na dosimetria da pena e a outra para deixar de aplicar o benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei de drogas"; d) "em caso de condenação por tráfico ilícito de entorpecentes, a natureza e a quantidade da droga apreendida apenas podem ser levadas em consideração em uma das fases de dosimetria da pena, sendo vedada sua apreciação cumulativa"; e) "o regime fechado foi fixado com base na gravidade abstrata do delito" (e-STJ, fls. 1-13).

Requer, assim, a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no grau máximo, a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

Liminar indeferida (e-STJ, fls. 42-43).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 52-66).

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem, de ofício, para se fixar o regime intermediário (e-STJ, fls. 70-81).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 365.363 - SP (2016/0203526-3)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FABIANA CAMARGO MIRANDA GUERRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BRUNO CARNEIRO DOS SANTOS

EMENTA

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. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. MANIFESTA ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. *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. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.

3. Concluído pelo Tribunal de origem que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, tendo em vista, além da expressiva quantidade de entorpecente encontrado, a apreensão de dinheiro sem origem esclarecida e de um caderno de anotações com a movimentação da atividade ilícita, a alteração 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).

4. Não há *bis in idem* quando a Corte estadual, não obstante tenha sopesado a quantidade e a natureza da droga na primeira e na terceira etapa do cálculo da pena – 190 porções de cocaína, 36 porções de *crack* e 234ml de diclorometano (cloreto de metileno) –, indica outros elementos concretos dos autos que, por si sós, evidenciam a dedicação do agente ao tráfico ilícito de entorpecentes, como no caso em apreço. Precedentes.

5. Fixada a pena definitiva em 5 anos de reclusão, revela-se correta a imposição do regime inicial fechado (imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada), tendo em vista a aferição desfavorável de uma das circunstâncias judiciais, nos exatos termos do art. 33, § 2º, "a", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

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

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

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

Da sentença condenatória, observa-se que o paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, § 4º, c/c o art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, em regime semiaberto, porque, na "data de 28 de maio de 2015, previamente ajustado e com unidade de desígnios com o adolescente Rodrigo Paez, trazia ele consigo, para entrega a consumo de terceiros, 205,3g de cocaína, divididos em 190 (cento e noventa) porções, 8,2g de 'crack', particionados em 36 (trinta e seis) porções e, ainda, 234ml de diclorometano (cloreto de metileno) acondicionados em 26 (vinte e seis) frascos" (e-STJ, fl. 28).

O Tribunal de origem, ao acolher o recurso da acusação para afastar a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, assim fundamentou a decisão:

"Relativamente à dosagem das reprimendas, é certo que sem embargo da primariedade, **o MM Juiz fixou a pena base acima do mínimo, em 5 anos e 10 meses de reclusão** além de multa, referindo-se **à quantidade e à variedade do entorpecente apreendido**.

E obedecidos assim os ditames dos artigos 59, do Código Penal, e 42, da Lei de Drogas, não houve exacerbação ilegal ou desmotivada, ressabido que o legislador infraconstitucional não quantificou as circunstâncias judiciais, deixando a critério do julgador a tarefa de encontrar números suficientes a. desestimular o agente e a própria sociedade a patrocinar condutas análogas e simultaneamente, a garantir a proporcionalidade entre o fato praticado e a pena (HC n° 107.626/MS, rel. Min. Carmem Lúcia, j. em 2.10.2012).

Exatamente como se procedeu, in casu, oportuna ainda a lembrança da inexistência de direito público subjetivo à fixação da pena-base no piso, bastando que uma das circunstâncias judiciais não seja favorável para que a reprimenda não fique mais no mínimo (HC n° 68.926/MG, rel. Min. Celso de Mello, j. em 10.12.1991). Valendo ainda lembrar que a importância de se valorarem as circunstâncias do crime na dosimetria da pena decorre justamente da necessidade de que as sanções sejam proporcionais à lesividade das condutas (HC n° 84.571/RJ, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 7.12.2014).

Na segunda fase, a atenuante da menoridade (fl. 23) reduziu as reprimendas, novamente majoradas por conta da causa de aumento descrita na denúncia (art. 40, VI, da Lei 11.343/2006), observando-se que no crime de tráfico, a participação de menores revela uma gravidade e periculosidade social maior, pois envolve uma situação de risco, violando ou ameaçando o direito daquele cuja personalidade está em processo de desenvolvimento.

Por derradeiro, reputaram-se como presentes os requisitos para o deferimento da benesse do redutor da Lei de Drogas (art. 33, § 4º), por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

isso que ficou a sanção penal em 2 anos e 11 meses de reclusão além de 291 dias-multa. Nesse ponto, cumpre ver que a Lei 11.343/2006 faculta (grifo nosso) ao magistrado - sem obrigar - a concessão do redutor, estando ele livre ainda para estabelecê-lo no patamar que entender adequado, diante da análise do caso concreto, respeitando-se o princípio da individualização da pena (HC nº 99.440/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 16.5.2011), por isso que a hipótese não comportava nem mesmo a incidência do máximo percentual de redução, desfavoráveis as circunstâncias judiciais.

De resto, a causa de redução legalmente prevista não pode beneficiar o réu no caso destes autos, **pois além da quantidade e a natureza do entorpecente, os apetrechos utilizados e as circunstâncias em que a droga foi apreendida podem sim constituir o amparo probatório para o magistrado reconhecer a dedicação do réus à atividade criminosa, como já decidiu inclusive a Corte Suprema** (RHC nº 116.926/DF, rel. Min. Luiz Fux, j. em 20.8.2013).

Reitere-se: para o deferimento da benesse se exigiria o preenchimento cumulativo dos requisitos legais de primariedade e bons antecedentes, além de não se dedicar o agente a atividades criminosas nem integrar organização criminosa. Mas disso não se cuidou porque sem embargo da primariedade, o réu foi preso em flagrante – na companhia de um menor - ao trazer consigo considerável quantidade de drogas, **apreendendo-se com ele cadernos de anotações que indicavam o exercício da mercancia ilícita, como atentou o MM Juiz., além de quantia em dinheiro sem comprovação de origem porque ausente a comprovação do exercício de atividade remunerada.**

Portanto, data venia do entendimento do magistrado, ainda que não se tenham provas exatas sobre alguma organização criminosa à qual pertença o réu, não seria razoável que em tais circunstâncias, pudesse ser ele considerado como traficante eventual, sob pena de contradição com a finalidade de recrudescimento da repressão à narcotraficância esposada pela Lei Antidrogas. Até porque, não existindo "livre concorrência" no comércio ilícito de entorpecente, para negociar e vender drogas em qualquer local o réu deveria estar, necessariamente, inserido na estrutura da criminalidade.

Por tantos e tais argumentos, fica excluído o redutor e se tornam definitivas as reprimendas em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão mais o pagamento de 583 dias-multa, reputando-se como adequadas, no caso concreto, para o alcance de suas finalidades repressiva, preventiva e de ressocialização." (e-STJ, fls. 31-34 – grifo nosso).

Inicialmente, convém destacar que a individualização da pena, como atividade discricionária vinculada do julgador, será revista **apenas** nas hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, quando não observados os parâmetros estabelecidos na legislação de regência e o princípio da proporcionalidade.

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

Como é cediço, o legislador ao instituir o referido benefício legal na Lei n. 11.343/2006, teve como objetivo conferir tratamento diferenciado aos pequenos e eventuais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

traficantes, não alcançando, assim, aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida.

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (RHC 72.118/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 26/10/2016 e AgRg no REsp 1.442.055/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 04/08/2015, DJe 18/08/2015).

Na hipótese dos autos, observa-se que o Tribunal de origem concluiu, motivadamente, pela dedicação do paciente ao tráfico de entorpecentes, tendo em vista, além da variada e da expressiva quantidade de droga apreendida – 190 (cento e noventa) porções de cocaína, 36 porções de *crack* e 234ml de diclorometano (cloreto de metileno), acondicionados em 26 (vinte e seis) frascos –, as circunstâncias da prisão em flagrante, na qual foi surpreendido na posse de dinheiro sem origem esclarecida e cadernos de anotações que indicavam o exercício da mercancia ilícita.

Desse modo, assentado pelo Tribunal de origem, soberano na análise dos fatos, que o paciente faz do comércio ilícito de entorpecentes uma atividade habitual, 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:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTO IDÔNEO PARA AUMENTAR A PENA-BASE. NÃO APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO DO PACIENTE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME FÁTICO. INOCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. REGIME PRISIONAL COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. INADMISSIBILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE RECONHECIDA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o 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 a existência de eventual coação ilegal.

- A pena-base foi fixada em 5 anos e 10 meses de reclusão, ou seja, 1/6 acima do mínimo legal, considerando-se a quantidade e a natureza da droga apreendida, em perfeita consonância com o art. 42 da Lei n. 11.343/06.

- A redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não foi aplicada por entender o Magistrado sentenciante, com base em outros elementos constantes dos autos, diversos da quantidade da droga, que o acusado se dedicava às atividades criminosas. Desse modo, afigura-se inviável, pela estreita via do *habeas corpus*, adotar conclusão diversa daquela apresentada pelas instâncias ordinárias, uma vez que é vedada a reincursão nos fatos e provas dos autos na espécie processual eleita. Precedentes. Inexiste *bis in idem*, pois inaplicável ao caso concreto o precedente firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do ARE 666334 RG, Relator Min. GILMAR MENDES, DJe 6.5.2014



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- A fixação do regime prisional deve ser feita em consonância com o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, sendo certo que, no julgamento do *habeas corpus* n. 111.840/ES o Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, seja na sua redação original (HC n. 82.959/SP), seja na redação da Lei n. 11.464/2007 (HC n. 111.840/ES), o qual determinava a obrigatoriedade do regime fechado para os condenados por crimes hediondos e os a eles equiparados.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Juiz das Execuções, afastado o óbice legal, fixe o regime mais adequado para o início do cumprimento da pena, observados os parâmetros traçados no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal."

(HC 325.122/SP, Rel. Min. ERICSON MARANHÃO (Desembargador convocado do TJ/SP), SEXTA TURMA, DJe 31/3/2016).

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do(a) acusado(a), que este(a) não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.

2. Não há constrangimento ilegal no ponto em que o Tribunal de Justiça estadual, sem piorar a situação do réu, manteve a não aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, com base em elementos concretos assinalados na sentença condenatória, que evidenciaram a dedicação do acusado à atividade criminosa do tráfico (depoimentos de testemunhas, funcionamento de boca de fumo no local da prisão, apreensão de balança de precisão e quantidade de pasta-base de cocaína apreendida).

3. Ordem não conhecida."

(HC 324.460/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 11/9/2015.)

Impende ressaltar, ainda, que, não obstante a natureza e a quantidade de droga apreendida tenha sido sopesadas na primeira e na terceira fase do cálculo da pena, não se verifica o alegado *bis in idem*, pois a dedicação do paciente ao tráfico de entorpecentes se evidencia em outros elementos dos autos que, por si sós, autorizam a não aplicação 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. PACIENTE CONDENADO À SANÇÃO CORPORAL TOTAL DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO. 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 DEDICA-SE À ATIVIDADE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. REGIME MAIS GRAVOSO MANTIDO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE ENSEJAM A NECESSIDADE DO REGIME MAIS GRAVOSO. *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.

- Não há *bis in idem* quando o Tribunal *a quo* fixa a pena-base acima do mínimo em razão da quantidade e natureza 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 pela quantidade e nocividade da droga apreendida (109 porções de cocaína e 106 porções de crack) e pelas circunstâncias em que ocorreram o delito.

- Consigne-se que, mantidos a pena-base e o não reconhecimento do tráfico privilegiado e, em decorrência, inalterada a pena corporal, fica prejudicado o pleito de substituição da pena, uma vez que o patamar de 6 anos de reclusão 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 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 440/STJ e 718/STF.

- Há de ser afastado o fundamento da hediondez do delito na fixação do regime fechado. Contudo, no caso, considerando-se que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em 7 anos de reclusão, em razão da quantidade e nocividade da droga apreendida, há circunstância concreta que recomenda o regime mais gravoso, como bem destacado no acórdão recorrido, 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 320176/SP, Min. Rel. REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 13/4/2016).

Quanto ao regime prisional, consta no acórdão impugnado:

"De resto, nos casos de tráfico, em face do bem jurídico protegido e anotando-se o disposto no artigo 42 da Lei nº 11.343/06, quanto maior a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

capacidade de viciar da droga, em abstrato, maior a reprovabilidade, de forma que o regime fechado é o único que se mostra suficiente para atingir a função preventiva específica da pena, que é inibir a prática de novas ações delituosas, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal (Apelação nº 0070508-98.2012.8.26.0050, rel. Lauro Mens de Mello, j. em 18.12.2014)."

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

Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenado por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, cuja norma determina a preponderância dos vetores referentes à natureza e à quantidade de drogas sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal.

Consigne-se, ainda, que, conforme entendimento cristalizado nas Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF, a fixação de regime mais gravoso, do que o legalmente previsto para a sanção imposta, exige fundamentação idônea e amparada em elementos concretos extraídos dos autos.

Na hipótese, observa-se que as instâncias antecedentes fixaram o regime inicial fechado com base em considerações genéricas acerca da gravidade abstrata, assim como na natureza hedionda do delito, o que, segundo reiterada jurisprudência desta Corte, não constituem fundamentos válidos para a definição do modo mais rigoroso de cumprimento de pena (HC 327.726/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/12/2015, DJe 16/12/2015; HC 329.872/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO, DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP, SEXTA TURMA, julgado em 03/12/2015, DJe 17/12/2015.)

Entretanto, *in casu*, embora o paciente seja primário e a pena tenha sido estabelecida em 5 (cinco) anos de reclusão, revela-se correta a imposição do regime inicial fechado (imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada), tendo em vista a aferição desfavorável de uma das circunstâncias judiciais (a variada e expressiva quantidade de entorpecentes apreendidos), nos exatos termos do art. 33, § 2º, "a", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

Nesse sentido:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. (98,5 G DE COCAÍNA EM PEDRA, 19,3 G DE COCAÍNA EM PÓ E 49,5 G DE MACONHA, DEVIDAMENTE ACONDICIONADAS PARA A MERCÂNCIA). CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO (ART. 40, III, DA LEI N. 11.343/2006). PROXIMIDADE A TRÊS ESCOLAS E UM CENTRO DE RECREAÇÃO. COMPROVAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. NATUREZA, E QUANTIDADE DE DROGAS. 300 "PAPELOTES" PARA REVENDA DE CRACK, MACONHA E COCAÍNA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EM PÓ.

[...]

4. A fixação da pena-base acima do mínimo legal, aliada à pena definitiva imposta (superior a 4 anos), justifica a imposição do regime inicial fechado de expiação.

5. Agravo regimental improvido."

(AgRg no HC 283.816/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/09/2016, DJe 06/10/2016).

"DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA. PRIMARIEDADE. DETRAÇÃO. TEMAS NÃO ENFRENTADOS PELA CORTE DE ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONDENAÇÕES ANTERIORES. DECURSO DO PRAZO PREVISTO NO ART. 64, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. MAUS ANTECEDENTES. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. CIRCUNSTÂNCIAS QUE IMPEDEM A APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ADEQUAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA. REQUISITO OBJETIVO NÃO PREENCHIDO. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

5. Devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial fechado, em razão da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e das circunstâncias do caso concreto, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

6. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos e 6 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

7. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 354.928/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 12/09/2016).

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

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0203526-3

HC 365.363 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00463800920158260050 463800920158260050

EM MESA

JULGADO: 01/12/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FABIANA CAMARGO MIRANDA GUERRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BRUNO CARNEIRO DOS SANTOS

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, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.