



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 333.749 - SP (2015/0205695-7)**

**RELATOR** : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADO** : JULIANA DO VAL RIBEIRO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : DOUGLAS DOS REIS SILVA (PRESO)

### EMENTA

*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO NÃO INTERPOSTO. INADMISSIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. DISCRICIONARIEDADE. REVISÃO EM WRIT. EXCEPCIONALIDADE. MENORIDADE. QUANTUM DE DIMINUIÇÃO. ATENUANTE APLICADA EM PATAMAR INFERIOR AO REQUERIDO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06). DEDICAÇÃO DO RÉU À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME DE PROVAS. REGIME INICIAL FECHADO. NECESSIDADE CONCRETA DA MEDIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. A aplicação da atenuante da menoridade em 1/12 (um doze avos) não se mostra desproporcional, tendo em vista que o paciente teve diversas passagens pelo Juízo da Infância e da Juventude, e em algumas delas por fato equiparado a tráfico de drogas, de modo que sua menoridade relativa é esvaziada de conteúdo.

3. O envolvimento reiterado do paciente, quando menor, em atos infracionais equiparados ao crime de tráfico de drogas, é elemento capaz de afastar a aplicação da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, na medida em que revela a sua dedicação em atividades criminosas. Precedente: HC 299.673/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 24/8/2016.

Para afastar os fundamentos utilizados pela Corte estadual de que o paciente 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 enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, bem como os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

5. *In casu*, a imposição do regime fechado justifica-se em razão de circunstâncias judiciais desfavoráveis, quantidade e variedade



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de droga apreendida, bem como pela fundamentação concreta aduzida pelo Tribunal *a quo*. Precedentes.

*Habeas corpus* não conhecido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido.

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

Brasília (DF), 02 de fevereiro de 2017(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 333.749 - SP (2015/0205695-7)**

**RELATOR** : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADO** : JULIANA DO VAL RIBEIRO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : DOUGLAS DOS REIS SILVA (PRESO)

### RELATÓRIO

#### **O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (Relator):**

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário não interposto, com pedido de liminar, impetrado em benefício de DOUGLAS DOS REIS SILVA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n. 0019766-35.2013.8.26.0050).

Depreende-se dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o paciente à pena de 7 anos, 7 meses e 20 dias de reclusão, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 (tráfico de drogas).

Interposta apelação pela defesa, o Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso, em julgamento assim ementado:

*TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES — APREENSÃO DE MAIS DE TRÊS QUILOGRAMAS DE DROGAS (2,790KG DE COCAÍNA E 257,80 GRAMAS DE CRACK), ALÉM DE EXPRESSIVA QUANTIA EM DINHEIRO FRUTO DA VENDA DE TÓXICOS (R\$ 3.261,50), BEM COMO PETRECHOS RELACIONADOS COM O NARCOTRÁFICO (BALANÇA DE PRECISÃO, EMBALAGENS PRÓPRIAS PARA INDIVIDUALIZAÇÃO DO ENTORPECENTE EM PORÇÕES PARA VENDA NO VAREJO, MANUSCRITOS CONTENDO A CONTABILIDADE DO TRÁFICO, ETC.) - CONDENAÇÃO CORRETA, POIS LASTREADA EM PROVA FIRME DA AUTORIA E MATERIALIDADE - FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO PARA O DESCONTO CORPORAL, SUFICIENTE PARA REPRESSÃO DO DELITO E REEDUCAÇÃO DO SENTENCIADO - NÃO PROVIMENTO DO RECURSO. (fl. 108)*

No presente *writ*, a Defensoria Pública alega que o julgamento colegiado impôs constrangimento ilegal ao réu, uma vez que a redução da pena-base pelo reconhecimento da menoridade relativa foi aplicada de forma desproporcional, bem como por não ter aplicado a causa especial de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

Aduz, ainda, fundamentação inidônea para a imposição do regime



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prisional mais gravoso.

Diante disso, requer, liminarmente, a fixação do regime semiaberto e, no mérito, a aplicação da fração de 1/6 pela presença da atenuante prevista no art. 65, I, do Código Penal, o reconhecimento da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 em sua fração máxima e a fixação de regime mais brando.

Indeferido o pedido liminar (fls. 120/121).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* e, se conhecido, pela denegação da ordem (fls. 130/137).

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 333.749 - SP (2015/0205695-7)

### VOTO

#### O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (Relator):

Por se tratar de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo a atual orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça.

Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Conforme relatado, a primeira controvérsia diz respeito ao *quantum* estabelecido pelo juízo monocrático para a aplicação da atenuante da menoridade. Transcrevo da sentença de primeiro grau:

*Além da natureza e quantidade de substâncias apreendidas recomendarem a exasperação da pena acima do mínimo legal, depreende-se da documentação juntada a fls. 10/12, 13/14 15/16, 17/18, 20 e 23/27 do 2º apenso, que o réu já respondeu a procedimentos perante o Juízo da Infância e Juventude da Comarca da Capital sendo dois deles pela prática de ato infracional equiparado ao delito de tráfico de entorpecentes, indicando que a sua conduta tem sido permeada pela prática de atos antissociais, dados que aliados ao fato de que, neste feito, tentou por todas as maneiras desacreditar o trabalho dos policiais, imputando-lhes de maneira leviana e reprovável a prática de crime, sinal indicativo de grave deformação de caráter e ausência de valores éticos e morais, é que, atento aos ditames do artigo 42 da Lei nº 11.343/06 e do artigo 59 do Código Penal, estabeleço a pena-base em 08 (oito) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 833 (oitocentos e trinta e três) dias-multa.*

*In casu, pronuncia-se a circunstância atenuante da menoridade relativa do agente, na data do fato, razão pela qual, as penas são diminuídas de 1/12 (um doze avos), perfazendo, desta forma, 07 (sete) anos, 07 (sete) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 763 (setecentos e sessenta e três) dias-multa, tornando-se definitivas à míngua de outras circunstâncias a serem sopesadas. A multa é aplicada com piso unitário correspondente a 1/30 (um trigésimo) do maior salário mínimo vigente à época do fato, tendo-se especialmente em conta a ausência de informações quanto à atual situação econômica do réu.*

*Por oportuno, cabe destacar que na hipótese sub examen, não se aplica a causa de diminuição de pena preconizada no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, porquanto está mais do que patenteado nos autos, que o réu fazia do tráfico de entorpecentes o seu meio de vida, bastando que se atenha à significativa quantidade de substâncias apreendidas,*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*parte delas já embalada para o comércio, bem como ao fato de que tal dedicação remonta à sua adolescência.*

*A pena privativa de liberdade aplicada será cumprida inicialmente em regime FECHADO, a teor do disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, com a nova redação que lhe deu a Lei n. 11.464, de 28 de março de 2007. (fls. 62/64)*

*Vejam-se, assim, que, embora incidente, no caso, a atenuante da menoridade relativa, o paciente não é neófito na seara criminal, pois "já respondeu a procedimentos perante o Juízo da Infância e Juventude da Comarca da Capital sendo dois deles pela prática de ato infracional equiparado ao delito de tráfico de entorpecentes, indicando que a sua conduta tem sido permeada pela prática de atos antissociais" (fls. 62/63).*

*Destarte, embora menor, a atenuante, no caso, está vazia de conteúdo, qual seja, a relativa imaturidade para portar-se de acordo com as regras sociais, de forma que não se mostra excessiva a sua aplicação na fração de 1/12 (um doze avos).*

*Ademais, no tocante ao *quantum* de recrudescimento da reprimenda, atribui-se uma certa discricionariedade ao juízo sentenciante, que somente autoriza a intervenção pela presente via se constatável desproporcionalidade flagrante, o que não se divisa no presente caso, diante das circunstâncias concretamente justificadas e referenciadas para a aplicação da atenuante em patamar inferior ao requerido pelo impetrante. Nesse sentido:*

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE DE 8 ANOS DE RECLUSÃO. MAUS ANTECEDENTES, QUANTIDADE ELEVADA DE DROGA APREENDIDA E PACIENTE COM ATUAÇÃO DE LIDERANÇA NA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CRITÉRIOS IDÔNEOS PARA A EXASPERAÇÃO DA PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

*- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.*

*- 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*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desproporcionalidade.

- Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre in casu, 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, consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006.

- Hipótese em que os maus antecedentes do acusado, a sua posição de liderança perante a organização criminosa e a considerável quantidade da droga apreendida (181.335 Kg de maconha) são fundamentos concretos para a aplicação da pena-base acima do mínimo legal, sendo razoável e proporcional o acréscimo da fração de 3/5.

- Habeas corpus não conhecido (HC 312.000/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 28/4/2016).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. WRIT NÃO CONHECIDO. IMPROPRIEDADE DE ANÁLISE. NECESSIDADE DE INCURSÃO PROBATÓRIA. VEDAÇÃO. EXCEPCIONALIDADE NA HIPÓTESE DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. PRETENSÃO DE FIXAÇÃO NO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CRITÉRIO DA DISCRICIONARIEDADE JURIDICAMENTE VINCULADA. REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - Não se admite mais, perfilhando entendimento consolidado nesta Corte, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração.

II - A via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e se se tratar de flagrante ilegalidade.

III - Esta Corte é pacífica no sentido de que o limite cognitivo da via do mandamus não permite a incursão na seara probatória, em razão da necessidade do revolvimento dos elementos fáticos. Entender em sentido contrário, como querem os impetrantes, in casu, demandaria, impreterivelmente, cotejo minucioso de matéria fático-probatória, o que só se permite, em sede de habeas corpus, com vistas a superar flagrante ilegalidade.

IV - Não há ilegalidade no decreto condenatório que, analisando o art. 59 do Código Penal, verifica a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis aptas a embasar a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

V - No caso em tela, constata-se que a pena-base foi fixada acima do patamar mínimo, mas com fundamentação concreta e dentro do critério da discricionariedade juridicamente vinculada quanto à culpabilidade e às motivações do crime.

VI - Não há flagrante ilegalidade que autorize o





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*redimensionamento da pena imposta ao paciente em sede de habeas corpus, porquanto não existem considerações genéricas, abstrações ou utilização de dados integrantes da própria conduta tipificada com o intuito de supedanear qualquer elevação da reprimenda. Tampouco há falar em bis in idem quanto a reincidência do paciente, uma vez que tal circunstância não foi utilizada na primeira fase da dosimetria. Agravo regimental desprovido (AgRg no HC 312.637/AL, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 19/10/2015).*

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO (RESSALVADO O ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA). PENAL. LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVE. DOSIMETRIA. RECONHECIMENTO DE MAUS ANTECEDENTES. QUANTUM DE AUMENTO. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO MAGISTRADO. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CONFIGURAÇÃO DE REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE GENÉRICA. AUMENTO NÃO ESPECIFICADO NO CÓDIGO PENAL. PRUDÊNCIA DO MAGISTRADO. RÉU MULTIRREINCIDENTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. VIA INADEQUADA PARA REVISÃO. AUSÊNCIA DE PATENTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

*[...]*

*3. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime. Especialmente, quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o Magistrado declinar, motivadamente, as suas razões, pois a inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República.*

*4. No caso, o aumento de 05 (cinco) meses implementado à pena-base, pela configuração de maus antecedentes, revela-se proporcional e fundamentado, considerando-se que a pena abstratamente cominada para o crime de lesão corporal de natureza grave, previsto no art. 129, § 1.º, inciso I, do Código Penal, é de 01 (um) a 05 (cinco) anos de reclusão.*

*5. Não havendo ilegalidade patente na análise do art. 59 do Código Penal, o quantum de aumento a ser aplicado em decorrência do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis fica adstrito ao prudente arbítrio do juiz, não havendo como proceder ao seu redimensionamento na via angusta do habeas corpus.*

*6. O Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento de pena, a serem aplicados em razão de circunstâncias agravantes, cabendo à prudência do Magistrado fixar o patamar necessário, dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais, com a devida fundamentação.*

*7. No caso, o acréscimo da pena em 1/3 (um terço) não se revela flagrantemente desproporcional, mormente porque está justificado mediante motivação idônea, ou seja, a multirreincidência do Paciente, de*





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*modo que não há como proceder à sua revisão na via estreita do writ.*

*8. Ausência de flagrante constrangimento ilegal que, eventualmente, imponha a concessão do remédio constitucional de ofício.*

*9. Habeas corpus não conhecido (HC 254.119/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 17/6/2014)*

Em relação à aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, restou soberanamente decidido nas instâncias ordinárias que *"está mais do que patenteado nos autos, que o réu fazia do tráfico de entorpecentes o seu meio de vida, bastando que se atenha à significativa quantidade de substâncias apreendidas, parte delas já embalada para o comércio, bem como ao fato de que tal dedicação remonta à sua adolescência"* (fl. 63).

A propósito, confira-se o seguinte julgado:

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. ATO INFRACIONAL. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. MANIFESTA ILEGALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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

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 integrarem organização criminosa.

3. Esta Corte é uníssona no sentido de que atos infracionais anteriores não podem ser sopesados na apuração de maus antecedentes para elevar a pena-base, tampouco para induzir a reincidência, entretanto, tem evoluído, entendendo que os antecedentes infracionais podem indicar uma inclinação do agente a práticas delitivas. Precedentes.

4. Desde que devidamente comprovado, o envolvimento reiterado do paciente, quando menor, em atos infracionais, inclusive relacionados ao crime de tráfico, é elemento idôneo a afastar a aplicação da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, uma vez que demonstra uma propensão do agente a práticas criminosas.

5. Concluído pela Corte a quo, com fulcro nos elementos



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

colhidos na instrução, que o paciente se dedica a atividades criminosas, a modificação desse entendimento – a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas – enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. Precedentes.

6. Na definição do regime prisional aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, o julgador deve observar os critérios estabelecidos nos arts. 33 do CP e 42 da Lei n. 11.343/2006.

7. Fixada a pena em 5 (cinco) anos de reclusão, o regime semiaberto é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do CP.

8. É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante do quantum de pena aplicada, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de, confirmando a liminar parcialmente deferida, fixar o regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena privativa de liberdade.

(HC 299.673/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 24/8/2016).

Impende acrescentar que o acolhimento da tese de que o paciente não se dedica à atividade criminosa, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em sede de *habeas corpus*. Nesse sentido:

*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).



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Desta forma, incabível a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

Por fim, em relação ao regime de cumprimento de pena, foi estabelecido o *"FECHADO, a teor do disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, com a nova redação que lhe deu a Lei n. 11.464, de 28 de março de 2007"* (fl. 64).

Em sede de apelação, o Tribunal *a quo*, após tecer longa fundamentação no mesmo sentido, aduziu:

*Assim, atentando-se à gravidade do crime e à periculosidade do agente, que portava e transportava significativa quantidade de drogas variadas e extremamente nocivas, bem como quantia em dinheiro fruto da comercialização de alucinógenos, percebe-se que a fixação de regime diverso do fechado mostra-se insuficiente para a sua reeducação, bem como repressão do delito.* (fl. 115)

Outrossim, em que pese a invalidade do fundamento do estabelecimento do regime fechado em virtude unicamente da gravidade em abstrato do delito, a imposição da pena-base acima do mínimo legal em razão de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a quantidade e variedade de droga apreendida, bem como a fundamentação concreta aduzida pelo Tribunal *a quo* permitem inferir a necessidade do estabelecimento de regime mais gravoso para o cumprimento da pena. A corroborar esse raciocínio:

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE CONDENADA A 3 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. NATUREZA DA DROGA - CRACK. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. BENEFÍCIO NEGADO EM VIRTUDE DA NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

*[...].*

*- 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.*

*- Para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso do que comporta a pena, é necessário fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dos autos. Inteligência das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.

- Na hipótese, o acórdão recorrido fundamentou a necessidade do regime fechado com base na nocividade da droga objeto do delito de associação para o tráfico, qual seja, o crack.

- Embora válido o fundamento para o recrudescimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado à ré primária, condenada a pena reclusiva não superior a 4 anos, fazendo jus a paciente ao regime intermediário, qual seja, o semiaberto. Precedentes desta Corte.

- Ao analisar o HC n. 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, reconhecendo a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, por meio da Resolução n. 5/2012.

- De outro lado, nos termos do fixado pela jurisprudência desta Corte, a quantidade e a natureza da droga apreendida podem, ao lado dos demais elementos constantes do processo, interferir na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

- Hipótese em que o acórdão recorrido, de forma fundamentada, entendeu pela inadequação da substituição, porquanto a paciente foi condenada por associação criminosa voltada para o tráfico de crack, cuja nocividade não recomenda a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, consoante o disposto no art. 44, III, do CP, não havendo, portanto, qualquer ilegalidade na negativa da benesse.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto (HC 345.968/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 31/05/2016).

**HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL. PRIMARIEDADE. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PENA INFERIOR A 4 ANOS. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO. GRAVIDADE CONCRETA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

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. Quanto ao regime fechado, o magistrado sentenciante baseou-se apenas na gravidade abstrata do delito, em ofensa ao Enunciado n. 440 da Súmula do STJ. Embora a primariedade do paciente,



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a inexistência de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP) e o quantum de pena (art. 33, § 2º, "c", do CP) permitem, em tese, a fixação do regime aberto; a quantidade de droga apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/06) demonstra a gravidade acentuada do delito, justificando a imposição do regime inicial semiaberto.

3. Apesar da fundamentação inidônea apresentada pelas instâncias ordinárias, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a gravidade concreta, evidenciada pela natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos, constitui elemento indicativo de que a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos não seja suficiente para a prevenção e repressão do delito no caso concreto.

*Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, ratificando a liminar, fixar o regime inicial semiaberto (HC 354.029/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe 02/06/2016).*

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. AGRAVANTE CONDENADO À PENA DE 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A 4 ANOS. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE NÃO RECOMENDAM O BENEFÍCIO.

1. Nos termos do entendimento firmado por esta Corte Superior de Justiça, a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar a imposição do regime mais severo.

2. Estabelecida a pena definitiva em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, verificadas as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade da agente, e considerada a natureza e a quantidade de entorpecente apreendido, 489 g de maconha, o regime semiaberto é o adequado à prevenção e reparação do delito.

3. Ainda que o quantum de pena fixado seja inferior a 4 (quatro) anos, a quantidade e a nocividade do entorpecente apreendido não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

4. Agravo regimental improvido (AgInt no AREsp 701.848/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 25/05/2016).

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do presente *habeas corpus*.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0205695-7

**HC 333.749 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00197663520138260050 197663520138260050 20150000458800 4492013

EM MESA

JULGADO: 02/02/2017

#### **Relator**

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

#### **AUTUAÇÃO**

|            |                                              |
|------------|----------------------------------------------|
| IMPETRANTE | : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  |
| ADVOGADO   | : JULIANA DO VAL RIBEIRO                     |
| IMPETRADO  | : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| PACIENTE   | : DOUGLAS DOS REIS SILVA (PRESO)             |

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