



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 376.915 - SP (2016/0286677-0)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : STELA WAKSEBERG GUERRINI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEANDRO ARAÚJO DA COSTA

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. NOVO ENTENDIMENTO DO STF SEGUIDO POR ESTA CORTE SUPERIOR. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. INAPLICABILIDADE. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. CONDENAÇÃO ANTERIOR POR ROUBO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. PRECEDENTES. AFASTAMENTO DA CONCLUSÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. NECESSIDADE DE AMPLO REVOLVIMENTO DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGAS. DETRAÇÃO. PERÍODO DE PRISÃO CAUTELAR QUE NÃO ALTERA O REGIME INICIAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. **HABEAS CORPUS** PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - *"A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal"* (HC n. 126.292/SP, **Tribunal Pleno**, Rel. Min. **Teori Zavascki**, DJe de 17/5/2016).

III - Os recursos às instâncias superiores carecem de efeito suspensivo e a execução provisória da pena é consectário lógico do esgotamento da jurisdição das instâncias ordinárias, não necessitando de fundamentação a determinação do cumprimento provisório da pena fixada.

IV - **In casu**, houve fundamentação concreta para o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada na conclusão de que o paciente dedicava-se a atividades criminosas (traficância), ante a quantidade e variedade de drogas apreendidas (58 invólucros plásticos contendo 10,22 gramas de crack; 91 invólucros plásticos contendo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

66,95 gramas de cocaína; 78 invólucros plásticos contendo 138,3 gramas de maconha), elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Rever esse entendimento demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do **mandamus**. Precedentes.

V - A Terceira Seção desta Corte Superior, ao julgar o EREsp n. 1.431.091/SP, em sessão realizada no dia 14/12/2016, firmou orientação no sentido de que inquérito policiais e ações penais em curso podem ser utilizados para afastar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, por indicarem que o agente se dedica a atividades criminosas.

VI - O col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 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.

VII - Todavia, na espécie, a quantidade e diversidade dos entorpecentes serviram de fundamento para majorar a pena-base bem como para afastar a incidência da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, o que impede a fixação do regime semiaberto unicamente em razão da quantidade da pena imposta. Precedentes.

VIII - Considerando que o eg. Tribunal de origem fixou a pena do paciente em 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, a detração do tempo de segregação provisória - pouco mais de 11 (onze) meses - não altera o regime inicial fechado, pois a pena fica mantida em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão.

IX - Mantida a pena cominada ao paciente em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão, resta prejudicado o pedido de substituição da sanção corporal por penas restritivas de direitos, pois não preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 44, I, do Código Penal.

Habeas Corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado.

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, conhecer parcialmente do pedido e, nessa parte, denegar a ordem.

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

Brasília (DF), 25 de abril de 2017 (Data do Julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro Felix Fischer
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 376.915 - SP (2016/0286677-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, impetrado pela Defensoria Pública em favor de LEANDRO ARAÚJO DA COSTA contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da Apelação n. 0009621-48.2015.8.26.0405.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 (dois) anos, 3 (três) meses e 6 (seis) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 226 (duzentos e vinte e seis) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, § 4º, c/c o art. 40, VI, ambos da Lei n. 11.343/06, sendo-lhe assegurado o direito de recorrer em liberdade, conforme r. sentença proferida em 1º/4/2016 (fls. 32-41).

Irresignados, a defesa do paciente e o Ministério Público interpuseram apelação criminal perante o eg. Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso defensivo e deu provimento ao recurso da acusação para afastar a redutora do tráfico privilegiado e para fixar o regime inicial fechado, determinando ainda a expedição de mandado de prisão para a execução provisória da pena, nos termos do v. acórdão assim ementado:

"Tráfico de entorpecentes. Policiais militares em patrulhamento no local dos fatos, conhecido ponto de venda de drogas, que avistam o réu e seu comparsa adolescente em atitude suspeita, portando algo nas mãos. Apreensão, em poder de LEANDRO, de 78 porções de maconha, 10 “eppendorfs” de cocaína e a quantia de R\$ 54,00 em dinheiro trocado, e com o adolescente V. S. de S. 81 “eppendorfs” de cocaína, 58 porções de cocaína na forma de “crack” e a quantia de R\$ 46,00, também em notas trocadas. Palavras dos policiais militares coerentes e harmônicas, dando conta da responsabilidade do denunciado pelos fatos. Versão de LEANDRO que se mostra inverossímil. Condenação de rigor. Impossibilidade de desclassificação para uso. Penas e regime inicial de cumprimento de pena, no esteio do inconformismo ministerial, que comportam reparo. Pena base corretamente fixada acima do mínimo em razão da quantidade de entorpecente, nos termos do artigo 42, da Lei nº 11.343/06. Reconhecimento da atenuante da confissão, inviável. Causa de aumento do art. 40, inciso VI, da Lei de Drogas, bem reconhecida. Necessidade de afastamento, a despeito da primariedade, da regra do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Regime fechado absolutamente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

necessário, mesmo em face do tempo de prisão cautelar, a teor do artigo 387, § 2º, do Código Penal. Apelo ministerial provido e improvido o apelo de LEANDRO, comunicando-se imediatamente, expedindo-se mandado de prisão" (fl. 46).

Daí o presente **writ**, no qual a impetrante alega, em síntese, que haveria evidente constrangimento ilegal na dosimetria da pena, uma vez que o paciente faria **jus** à causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, ante sua primariedade, seus bons antecedentes e por não ter sido demonstrado nos autos que ele se dedicava a atividades criminosas.

Sustenta que *"a quantidade de entorpecentes apreendida apesar de ter sido considerada expressiva pelo julgador, não traz provas suficientes que o acusado dedica-se ao trafico de entorpecentes como alegado. Não cabe ao julgador definir, ele próprio, que o acusado trafica com habitualidade e em larga escala, com base na quantidade de drogas diversas" (fl. 4).*

Além disso, aduz que *"tampouco a ocupação lícita é requisito legal para a aplicação do referido redutor" (fl. 4).*

Quanto ao regime de cumprimento de pena, alega que o regime inicial fechado teria sido fixado somente com base na gravidade abstrata e na hediondez do delito (art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90), em desacordo com as Súmulas 718 e 719 do excelso Supremo Tribunal Federal.

Ademais, sustenta que o tráfico privilegiado não seria mais equiparado à crime hediondo, devendo ser fixado o regime inicial aberto após a aplicação da redutora do tráfico privilegiado, bem como substituída a sanção corporal por penas restritivas de direitos, uma vez que seria inconstitucional a proibição de conversão da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, cuja execução teria sido inclusive suspensa pela Resolução n. 05/12 do Senado Federal.

Aduz também que deveria ser considerado o tempo de prisão provisória do paciente (15/4/2015 a 4/4/2016) para determinação do regime inicial de cumprimento de pena, nos termos do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

Por fim, sustenta que seria indevida a execução antecipada da pena, em afronta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao princípio da presunção da inocência, não tendo o eg. Tribunal de origem apresentado qualquer fundamento para impedir o paciente de recorrer em liberdade.

Requer, ao final, a concessão da ordem para que seja aplicada a redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 no seu patamar máximo, fixado regime inicial aberto, substituída a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, aplicada a detração penal e expedido alvará de soltura ou contramandado de prisão.

Pedido liminar **indeferido** às fls. 65-66.

Informações prestadas às fls. 75-108.

O d. representante do Ministério Público Federal, às fls. 111-117, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ** e, no mérito, pela concessão da ordem de ofício *"apenas para que seja efetivada a alteração de regime caso, aplicada a detração, a quantidade da pena e as peculiaridades da hipótese em apreço assim o autorize"* (fl. 115). Ademais, solicitou a baixa dos autos ao Juízo de origem para que tome as providências necessárias para o início da execução provisória da pena (fls. 116-117).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 376.915 - SP (2016/0286677-0)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. NOVO ENTENDIMENTO DO STF SEGUIDO POR ESTA CORTE SUPERIOR. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. INAPLICABILIDADE. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. CONDENAÇÃO ANTERIOR POR ROUBO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. PRECEDENTES. AFASTAMENTO DA CONCLUSÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. NECESSIDADE DE AMPLO REVOLVIMENTO DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGAS. DETRAÇÃO. PERÍODO DE PRISÃO CAUTELAR QUE NÃO ALTERA O REGIME INICIAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. **HABEAS CORPUS** PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - *"A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Constituição Federal" (HC n. 126.292/SP, **Tribunal Pleno**, Rel. Min. **Teori Zavascki**, DJe de 17/5/2016).

III - Os recursos às instâncias superiores carecem de efeito suspensivo e a execução provisória da pena é consectário lógico do esgotamento da jurisdição das instâncias ordinárias, não necessitando de fundamentação a determinação do cumprimento provisório da pena fixada.

IV - **In casu**, houve fundamentação concreta para o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada na conclusão de que o paciente dedicava-se a atividades criminosas (traficância), ante a quantidade e variedade de drogas apreendidas (58 invólucros plásticos contendo 10,22 gramas de crack; 91 invólucros plásticos contendo 66,95 gramas de cocaína; 78 invólucros plásticos contendo 138,3 gramas de maconha), elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Rever esse entendimento demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do **mandamus**. Precedentes.

V - A Terceira Seção desta Corte Superior, ao julgar o EREsp n. 1.431.091/SP, em sessão realizada no dia 14/12/2016, firmou orientação no sentido de que inquérito policiais e ações penais em curso podem ser utilizados para afastar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, por indicarem que o agente se dedica a atividades criminosas.

VI - O col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 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.

VII - Todavia, na espécie, a quantidade e diversidade dos entorpecentes serviram de fundamento para majorar a pena-base bem como para afastar a incidência da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, o que impede a fixação do regime semiaberto unicamente em razão da quantidade da pena imposta. Precedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VIII - Considerando que o eg. Tribunal de origem fixou a pena do paciente em 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, a detração do tempo de segregação provisória - pouco mais de 11 (onze) meses - não altera o regime inicial fechado, pois a pena fica mantida em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão.

IX - Mantida a pena cominada ao paciente em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão, resta prejudicado o pedido de substituição da sanção corporal por penas restritivas de direitos, pois não preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 44, I, do Código Penal.

Habeas Corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Insta consignar, inicialmente, que a Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Como relatado, pretende a impetrante seja concedido ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Contudo, **não lhe assiste razão**.

Inicialmente, cumpre ressaltar que o art. 283 do Código de Processo Penal, com a nova redação, busca afastar expressamente a execução provisória da condenação criminal, permitindo tão somente a prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória quando se puder comprovar quaisquer das razões que autorizem a prisão preventiva ou a prisão temporária.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Este era o entendimento que vinha sendo aplicado nesta Corte até recentemente, uma vez que o Plenário do col. **Pretório Excelso**, no julgamento do **HC n. 84.078/MG**, concluíra pela ofensa ao princípio da não-culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP.

No entanto, o próprio **Supremo Tribunal Federal** evoluiu em seu entendimento e, por maioria de votos, indeferiu o pedido formulado no **HC n. 126.292/SP**, de relatoria do em. Min. **Teori Zavascki**, decidindo pela possibilidade do início do cumprimento da pena após o julgamento da apelação.

Eis a ementa do julgado:

"CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado" (HC n. 126.292/SP, **Tribunal Pleno**, Rel. Min. **Teori Zavascki**, DJe de 17/5/2016).

Tal entendimento, cumpre frisar, **já vem sendo adotado por esta Corte, consoante demonstram os seguintes precedentes:**

"PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. OMISSÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. EMBARGOS ACOLHIDOS.

1. Em recente julgado (HC 126.292/SP), o Supremo Tribunal Federal decidiu que o esgotamento das instâncias ordinárias permite o início do cumprimento da pena, imposta ou confirmada pelo Tribunal de segundo grau, antes do trânsito em julgado da condenação, sem se falar em ofensa ao princípio da presunção de inocência.

2. Embargos de declaração acolhidos para determinar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

remessa de cópia dos autos ao Tribunal de origem/Juízo das execuções a fim de que adote as providências cabíveis no que se refere ao início da execução provisória da pena imposta ao embargado" (EDcl no HC n. 348.612/ES, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 16/6/2016).

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DO TRIBUNAL A QUO. REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. PREJUDICADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. NOVA ORIENTAÇÃO ADOTADA PELO STF NO HC 126.292/SP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. A aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 constitui direito subjetivo do condenado por tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos necessários à sua aplicação, a saber, tratar-se de agente primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa. Precedentes.

3. Embora o paciente não tenha sido condenado à pena privativa de liberdade superior a 8 (oito) anos, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis perfaz fundamento idôneo à fixação do regime inicial mais gravoso (fechado), em observância ao disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, ambos do Código Penal.

4. **A Sexta Turma, ao apreciar os EDcl no REsp 1.484.413/DF e no REsp 1.484.415/DF, na sessão de 3/3/2016, adotou recente orientação, fixada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal (HC 126.292/SP, de 17/2/2016), de que a execução provisória da condenação penal, na ausência de recursos com efeito suspensivo, não viola ao constitucional princípio da presunção de inocência.**

5. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 349.051/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 17/6/2016).

Insta destacar, sobre o tema, **que a possibilidade de execução provisória da pena foi recentemente confirmada pelo eg. Supremo Tribunal Federal**, quando do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgamento das medidas cautelares nas ADCs 43 e 44.

Em outras palavras, portanto, está autorizada a execução provisória da pena após o julgamento em segunda instância, ressalvadas as hipóteses em que seja possível a superação do entendimento pela existência de flagrante ilegalidade, seja por meio da concessão de habeas corpus ou atribuindo-se efeito suspensivo a eventual recurso especial ou extraordinário.

Diante de tais considerações, portanto, não se vislumbra a existência de qualquer flagrante ilegalidade.

No que tange ao pedido de incidência da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, importante asseverar que 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 caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, “*o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita*” (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves Lima**, DJU de 11/4/2005).

O eg. Tribunal de origem afastou a redutora do tráfico privilegiado **aduzindo que a quantidade e a variedade de drogas apreendidas (58 invólucros plásticos contendo 10,22 gramas de crack; 91 invólucros plásticos contendo 66,95 gramas de cocaína; 78 invólucros plásticos contendo 138,3 gramas de maconha)** demonstravam que o paciente se dedicava a atividades criminosas. Além disso, consignou que o paciente já havia sido condenado por roubo, com trânsito em julgado posterior ao crime de tráfico. Ademais, fixou o regime inicial fechado com base na hediondez do crime e na gravidade abstrata do delito. Destaco os seguintes excertos do voto condutor do v. acórdão impugnado:

*"O acusado foi denunciado por tráfico de substâncias entorpecentes e corrupção de menores. Isso porque, no dia 15 de abril de 2015, por volta das 22 horas, na Rua Carlos Belacosa, nº 41, Bandeiras, na Cidade de Osasco, **LEANDRO, agindo em concurso e previamente ajustado com o menor inimputável V. S. de S., traziam consigo, para entrega a consumo de terceiros, 58 invólucros plásticos contendo 10,22***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

gramas de cocaína em forma de “crack”, 91 invólucros plásticos contendo 66,95 gramas de cocaína e 78 invólucros plásticos contendo 138,3 gramas de maconha, entorpecentes que determinam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

[...]

Passo, então, à análise das penas, que comportam reparo.

O E. Magistrado, com fulcro no artigo 42, da Lei nº 11.343/06, estabeleceu a base 1/6 acima do mínimo, em 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, ante a quantidade das drogas apreendidas (as drogas poderiam chegar às mãos de mais de 200 pessoas), o que está correto.

Na segunda fase, entendeu não haverem agravantes (eis que o trânsito em julgado da condenação de folha 203 é posterior ao fato aqui tratado, não havendo reincidência) e nem atenuantes (pois não houve confissão). Saliente-se que, conforme as razões de apelação do próprio acusado, ele negou veementemente a prática do tráfico de entorpecentes em sede policial e em juízo.

Em seguida, pela causa de aumento prevista no artigo 40, inciso VI, da Lei de Drogas, já que seguramente comprovada nos autos a atuação do adolescente V. S. de S., a sanção suportou novo acréscimo, também na ordem de 1/6, chegando a 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão e 680 dias-multa.

Por fim, foi aplicado o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, em seu patamar máximo (2/3). A meu ver, não havia campo para aplicação da regra do referido artigo. Isso porque o preceito admite atenuação da pena para réus, ainda que primários, que não ostentem periculosidade maior. E o acusado revela acentuada periculosidade, pois surpreendido, juntamente com adolescente, com expressiva quantidade de drogas diversas (cocaína, “crack” e maconha), em porções unitárias e voltadas mesmo ao nefasto comércio. Tudo está a indicar que ele trafica com habitualidade e em larga escala. Ressalte-se, outrossim, que LEANDRO possui condenação anterior pela prática do crime de roubo duplamente majorado (folha 203). Na aplicação do preceito o Juiz há de verificar, também, a culpabilidade do agente e as circunstâncias do crime, sem o que estará ferindo o princípio da individualização da pena. E a conduta do acusado, examinada no contexto dos autos, não justificava o favor legal. O recurso do Ministério Público, portanto, nesse ponto, deve ser provido, de sorte que as penas de LEANDRO são readequadas e devem retornar ao patamar anterior, de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, no piso.

*A despeito do volume das penas impostas (superior a 4 anos) não permitir a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos, fica uma observação: a substituição é incabível por evidente incompatibilidade do benefício com a conduta de quem trafica, disseminando o mal na sociedade, com a nota de que **a lei estabelece o regime inicial fechado para casos tais**. A conduta examinada, evidentemente, não se encontra entre aquelas em que o legislador pretendeu favorecer o réu com a benesse pleiteada. Substituição, no caso dos autos, implicaria na mais clara impunidade, em desprestígio para o Poder Judiciário e risco concreto para a sociedade, que se vê refém dos efeitos nefastos da ação delitiva. A atividade do traficante, indivíduo sem*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

escrúpulos, é tão perniciosa para a sociedade, destruindo o cidadão e sua família, para o exercício do comércio ilícito, que fica até mesmo difícil imaginar uma pena substitutiva para ser aplicada, se fosse caso. Ademais, condutas como a do acusado disseminam o vício, criando toda sorte de problemas, desde os mais óbvios, de saúde pública, até aqueles que constituem reflexo da atividade, vez que a prática do tráfico fomenta a ocorrência de diversos outros crimes graves, demandando uma enérgica e séria reação do Estado, até como fator profilático. Por fim, importante ressaltar que a conduta do acusado também não se amolda aos parâmetros estabelecidos no artigo 44, do Código Penal.

O regime para o tráfico ilícito de entorpecentes, por todas essas razões e pelos termos da lei, só pode ser o fechado" (fls. 49-50; 55-57 - grifei).

In casu, houve fundamentação concreta para o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada na conclusão de que o paciente dedicava-se a atividades criminosas (traficância), ante a quantidade e diversidade de drogas apreendidas **(58 invólucros plásticos contendo 10,22 gramas de crack; 91 invólucros plásticos contendo 66,95 gramas de cocaína; 78 invólucros plásticos contendo 138,3 gramas de maconha)**, elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

Ademais, rever o entendimento das instâncias ordinárias para fazer incidir a causa especial de diminuição demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do **mandamus**.

Nesse sentido os seguintes precedentes desta Corte Superior:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DA DROGA E CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA ALIADA A OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. BIS IN IDEM NÃO EVIDENCIADO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DO DELITO. AUMENTO DESPROPORCIONAL. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A OITO ANOS DE RECLUSÃO. CONCURSO MATERIAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...]

2. No termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado.

3. Hipótese em que as instâncias ordinárias, atentas as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas e do art. 59 do CP, consideraram, além da expressiva quantidade de droga apreendida (80,6 kg de maconha), as circunstâncias graves do delito (o transporte de droga "nos mesmos veículos em que levavam seus filhos, todos crianças, sendo uma delas autista", expondo-as da pior forma possível, a presenciarem as prisões dos acusados e a apreensão da droga, além de terem ficado na delegacia aguardando o socorro de algum familiar) para elevar a pena-base, pelo crime de tráfico de entorpecentes, em metade (7 anos e 6 meses de reclusão), o que não se mostra desproporcional.

[...]

6. **Concluído pelas instâncias ordinárias, com fulcro na expressiva quantidade de entorpecente encontrado, assim como nas demais circunstâncias do delito, que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, 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).**

7. Não há bis in idem quando, não obstante tenha sido valorada a quantidade da droga na primeira e na terceira etapa do cálculo da pena, há também outros elementos dos autos que, por si sós, evidenciam a dedicação do agente ao tráfico ilícito de entorpecentes. Precedentes.

[...]

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, tão-somente, reduzir a pena-base pelo delito de porte ilegal de arma de fogo, tornando-a definitiva em 2 anos e 4 meses de reclusão mais 11 dias-multa" (HC n. 372.973/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 23/02/2017 - grifei).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE CONSIDERÁVEL DAS DROGAS APREENDIDAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. TRÁFICO PRIVILEGIADO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. ELEVADA QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. CIRCUNSTÂNCIA QUE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DENOTA A DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES ILÍCITAS. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRIMADO DO NE BIS IN IDEM. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS QUE, APESAR DE TEREM JUSTIFICADO A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE, NÃO DEFINIRAM A FRAÇÃO REDUTORA DO PRIVILÉGIO, MAS APENAS IMPEDIRAM O SEU RECONHECIMENTO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- 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 elevada e variada dos entorpecentes apreendidos, estando, portanto, em consonância ao dispositivo legal mencionado.

- Nos termos do art. 33, § 4º, 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 organização criminosa. Contudo, na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução retromencionada, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

- Não há bis in idem quando o Tribunal a quo fixa a pena-base acima do mínimo por conta da quantidade elevada da droga apreendida e afasta a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação da paciente à atividade criminosa. Precedentes.

- **Hipótese em que inexistente coação ilegal no não reconhecimento do tráfico privilegiado pelas instâncias de origem, com base no fato de os pacientes dedicarem-se às atividades criminosas, ante a quantidade elevada e variada das drogas apreendidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito, notadamente agravadas diante da apreensão de dinheiro, munição e rádio comunicador, elementos aptos a justificar o afastamento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Alterar tal entendimento importa em revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus. Precedentes.**

- Habeas corpus não conhecido" (HC n. 379.203/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 10/02/2017 -



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

grifei).

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA APREENDIDA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTUM RAZOÁVEL. PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR. CAUSA DE DIMINUIÇÃO ESPECIAL DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. COMPROMETIMENTO COM A ATIVIDADE CRIMINOSA. REVISÃO. INVIABILIDADE. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. RESTITUIÇÃO DO VEÍCULO E DO NUMERÁRIO APREENDIDOS. REEXAME. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A natureza e a quantidade da droga justificam a exasperação da pena-base acima no mínimo legal, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

2. O atual entendimento desta Corte Superior é no sentido de que a quantidade da droga apreendida, juntamente com as circunstâncias do delito, de forma a indicar o envolvimento ou a dedicação à atividade criminosa, representa fundamento válido para o não reconhecimento do tráfico privilegiado. Do mesmo modo, a utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para a elevação da pena-base, na primeira fase da dosimetria, e para o afastamento da incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, na terceira fase, por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa, não configura *bis in idem*. Precedentes.

[...]

4. Desconstituir as conclusões das instâncias ordinárias - acerca não só do comprometimento do acusado com atividades ilícitas, mas também sobre a inviabilidade da restituição dos bens apreendidos - implica necessariamente a incursão no conjunto fático-probatório dos autos, o que revela a inadequação da pretensão recursal, em face do óbice da Súmula 7/STJ.

5. Agravo regimental improvido" (AgRg no AREsp n. 857.658/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 18/11/2016 - grifei).

Destaca-se, ainda, que o paciente já havia sido condenado por roubo, tendo a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenação transitada em julgado em data posterior ao delito ora apurado, o que indica a sua dedicação a atividades criminosas, sendo indevida a concessão de benesse.

Com efeito, a Terceira Seção desta Corte Superior, ao julgar o EREsp n. 1.431.091/SP, em sessão realizada no dia 14/12/2016, firmou orientação no sentido de que inquérito policiais e ações penais em curso podem ser utilizados para afastar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, por indicarem que o agente se dedica a atividades criminosas, nos termos do v. acórdão assim ementado:

"PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ARTIGO 33, §4º, DA LEI 11.343/06. REQUISITOS CUMULATIVOS. DEDICAÇÃO ATIVIDADE CRIMINOSA. UTILIZAÇÃO INQUÉRITOS E/OU AÇÕES PENAS. POSSIBILIDADE. PROVIMENTO DO RECURSO.

I - O benefício legal previsto no §4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 pressupõe o preenchimento pelo Réu de todos os requisitos cumulativamente, sendo eles: i) primariedade; ii) bons antecedentes; iii) não dedicação em atividade criminosa; iv) não integrar organização criminosa.

II - O crime de tráfico de drogas deve ser analisado sempre com observância ao mandamento constitucional de criminalização previsto no artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal, uma vez que se trata de determinação do constituinte originário para maior reprimenda ao delito, atendendo, assim, ao princípio da vedação de proteção deficiente.

III - Assim, é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica à atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06 IV - In casu, o Tribunal de Justiça afastou a causa de diminuição de pena mencionada em virtude de o Réu ostentar condenação por tráfico de drogas não transitada em julgado, considerando que ele se dedica à atividade criminosa por não desempenhar atividade lícita, bem como porque "assim que saiu da cadeia, voltou a praticar o mesmo delito".

*Embargos de divergência providos para prevalecer o entendimento firmado no acórdão paradigma, restabelecendo o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça" (EREsp n. 1.431.091/SP, **Terceira Seção**, de **minha relatoria**, DJe de 1º/2/2017).*

No que tange ao **regime inicial de cumprimento de pena**, cumpre registrar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que o Plenário do col. **Supremo Tribunal Federal** declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, devem ser observados os preceitos constantes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal.

Este também é entendimento perfilhado por esta Corte, **verbis**:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS, PORTE ILEGAL DE ARMA E RECEPÇÃO. PENAL. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. DESCABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. SANÇÃO MAIOR QUE QUATRO ANOS. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. RÉU PRIMÁRIO E SEM MAUS ANTECEDENTES. ADEQUAÇÃO. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

[...]

7. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

8. Fixada a pena-base no mínimo legal, inexistindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, em se tratando de réu primário e com bons antecedentes, não existe razão para negar o regime inicial semiaberto.

9. Ordem de habeas corpus não conhecida. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, para, mantida a condenação, fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente" (HC n. 239.999/MS, **Quinta Turma**, Rel^a. Min^a. **Laurita Vaz**, DJe de 21/8/2014, grifei).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

QUANTIDADE DE DROGAS. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

[...]

3. *Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.*

4. *In casu, a imposição do regime inicial fechado baseou-se, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.* Ademais, sequer foi analisada a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos quanto aos pacientes DEIVID e SIDNEY.

5. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso sub judice, uma vez que o Tribunal a quo não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44 e incisos, do Código Penal.

6. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastadas a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas e a fundamentação referente à gravidade abstrata do delito, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena, quanto aos três pacientes, e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, quanto aos pacientes DEIVID e SIDNEY" (HC n. 271.147/SP, **Sexta Turma**, Relª. Minª. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 26/9/2014, grifei).

Não obstante tal entendimento, verifica-se que a quantidade e a diversidade dos entorpecentes foi utilizada na primeira fase para exasperar a pena-base, bem como na terceira fase da dosimetria da pena para afastar a incidência da redutora do tráfico privilegiado, sendo, portanto, considerada como circunstância desfavorável.

Sobre o tema, veja-se o que dispõe o art. 42 da Lei n. 11.343/06:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Desse modo, sendo tal circunstância desfavorável, impede a fixação do regime inicial semiaberto unicamente em razão da quantidade de pena, **ex vi** do art. 33, § 2º, **b**, e § 3º, do Código Penal, e art. 42 da Lei n. 11.343/06.

Neste sentido os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME PRISIONAL FECHADO. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. MONTANTE DA PENA QUE NÃO ATENDE AO REQUISITO OBJETIVO DO ART. 44, I, DO CP. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. REGIME PRISIONAL FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- Nos termos do art. 33, § 4º, 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 organização criminosa. Contudo, na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução retromencionada, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem, juntamente com as circunstâncias do delito, a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. *Precedentes.*

- Hipótese em que inexistente ilegalidade quando da não aplicação do privilégio, pois a Corte local apontou a dedicação do paciente às atividades ilícitas, destacando a quantidade, a nocividade e a variedade dos entorpecentes apreendidos bem como a assiduidade e a regularidade confessadas pelo paciente, o qual, desempregado, reconheceu o exercício da atividade pelo menos uma vez ao mês, cumprindo jornada certa para aquele serviço proscrito. Modificar tal conclusão requer o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus. Precedentes.

[...]

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 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 n. 440/STJ e 718 e 719/STF.

- No caso, apesar de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal e o montante da sanção (5 anos de reclusão) comportar o regime semiaberto, o acórdão recorrido consignou a necessidade do regime mais gravoso com lastro na quantidade, variedade e nocividade das drogas apreendidas, as quais, inclusive, fundamentaram o não reconhecimento do privilégio, o que está em consonância à jurisprudência desta Corte e ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido" (HC n. 385.934/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 5/4/2017 - grifei).

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE MAJORADA EM RAZÃO DA NATUREZA DA DROGA. REGIME FECHADO. CONDENAÇÃO SUPERIOR A 4 ANOS. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, porquanto, nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, a natureza e a quantidade da substância entorpecente constituem fundamento idôneo para justificar a majoração da pena-base. Precedentes.

2. Fixada pena final superior a quatro anos e presente circunstância judicial desfavorável, é lícita a fixação do regime inicial fechado, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006 c/c os arts. 59 e 33, § 3º, ambos do Código Penal. Precedentes.

3. Agravo regimental improvido" (AgRg no HC n. 380.021/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 22/3/2017 - grifei).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Logo, não se vislumbra flagrante ilegalidade na fixação do regime **fechado** para início de cumprimento da pena.

Quanto ao pedido de consideração do tempo de prisão provisória para fins de determinação do regime inicial, nota-se que o paciente foi preso em flagrante delito em 15/4/2015, sendo posteriormente colocado em liberdade quando da r. sentença condenatória, proferida em 1º/4/2016. Assim, permaneceu segregado cautelarmente pouco mais de 11 (onze) meses. Considerando que o eg. Tribunal de origem fixou a pena do paciente em 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, a detração do tempo de segregação provisória não altera o regime inicial fechado, pois a pena fica mantida em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão.

Mantida a pena cominada ao paciente em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão, resta prejudicado o pedido de substituição da sanção corporal por penas restritivas de direitos, pois não preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 44, I, do Código Penal.

Por fim, quanto ao pleito do d. representante do Ministério Público constante de fls. 116-117, nota-se que a execução provisória da pena já foi determinada pelo eg. Tribunal de origem. Ainda, verifica-se das informações disponíveis no sítio eletrônico do eg. Tribunal de origem que os autos da ação penal estão naquela Corte aguardando o trânsito em julgado da decisão que inadmitiu o recurso especial interposto pelo paciente. Logo, cabe àquele Tribunal adotar as providências necessárias para o início do cumprimento da pena. **Ademais, destaca-se que o habeas corpus é uma ação de natureza constitucional que visa a tutela da liberdade de locomoção do paciente, e não os interesses da acusação, sendo a via inadequada para se requerer a execução provisória da pena.**

Ante o exposto, conheço parcialmente do **habeas corpus** e, nessa extensão, **denego a ordem.**

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0286677-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 376.915 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0009621482015 00096214820158260405 20160000668922 9621482015
96214820158260405

EM MESA

JULGADO: 25/04/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : STELA WAKSEBERG GUERRINI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEANDRO ARAÚJO DA COSTA

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, conheceu parcialmente do pedido e, nessa parte, denegou a ordem."

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