



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 383.058 - RJ (2016/0331154-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : MARTIONE DOS SANTOS RODRIGUES (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA DA DROGA. QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVA. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. ELEMENTOS ÍNSITOS AO TIPO PENAL. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICAVA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL OCORRÊNCIA. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus*.

2. Embora a empreitada criminosa tenha envolvido substância de alto potencial lesivo – *crack* –, a quantidade apreendida não se mostra expressiva o suficiente a ponto de justificar a exasperação da pena na primeira fase da dosimetria. Lado outro, no tocante às demais circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, não foram arrolados dados concretos a justificar o recrudescimento da reprimenda na primeira fase, haja vista que as instâncias de origem teceram apenas considerações vagas e genéricas, baseadas em elementos ínsitos ao tipo penal em testilha, dissociadas das circunstâncias concretas dos autos, sem declinar de qualquer elemento que efetivamente evidenciasse a acentuada reprovabilidade da conduta delituosa perpetrada pelo paciente. Imprescindível o decote no incremento sancionatório para fixar a pena-base no mínimo legal.

3. Concluído pelas instâncias de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.

4. O regime inicial fechado foi fixado com base, exclusivamente, na gravidade abstrata do delito e no fato de tratar-se de crime equiparado a hediondo, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores. Fixada a pena-base no mínimo legal e, sendo a reprimenda final do paciente igual a 5 anos de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea *b*, do Código Penal.

5. 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 de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

6. *Habeas corpus* parcialmente concedido para reduzir a reprimenda imposta ao paciente ao patamar de 5 anos de reclusão, mais o pagamento de 500 dias-multa, bem como para fixar o regime inicial semiaberto para início do desconto da pena.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 27 de abril de 2017(Data do Julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 383.058 - RJ (2016/0331154-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : MARTIONE DOS SANTOS RODRIGUES (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de MARTIONE DOS SANTOS RODRIGUES, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação n.º 0009043-60.2013.8.19.0014).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à **pena de 7 anos de reclusão, em regime inicial fechado**, além do pagamento de 700 dias-multa, pela prática, em tese, do delito previsto no **art. 33 da Lei n. 11.343/06**. Eis, no que interessa, o teor da sentença (fls. 24/28):

[...] Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a pretensão punitiva estatal em relação ao delito de tráfico de entorpecentes e, em consequência, CONDENO o réu MARTIONE DOS SANTOS RODRIGUES, por transgressão ao preceito primário contido no tipo do art. 33 da Lei 11.343/06, pelo que passo a aplicar-lhe a pena. **O réu é primário e ostenta bons antecedentes, conforme se verifica em sua FAC de f. 86/88 e na certidão de f. 89. No entanto, restou demonstrado pelos depoimentos esclarecedores dos milicianos que o réu tinha envolvimento com atividade criminosa, inclusive praticando a mercancia de drogas para a conhecida facção criminosa TCP (Terceiro Comando Puro), que impera na favela Tira Gosto, conhecida pelo seu alto índice de narcotraficância. Quanto à culpabilidade do réu, entendo de classificá-la como maior o índice de reprovação, eis que o tráfico de drogas é hoje um poderoso meio de degradação da sociedade e desagregação da família. Sua personalidade e conduta social são desfavoráveis, posto que trata-se de traficante de entorpecentes, cuja atividade instaura na localidade um verdadeiro estado de pânico e insegurança, causando desgraça de famílias que assistem seus entes queridos no abismo do vício e dependência, quase sempre sem retorno a normalidade. Os motivos e circunstâncias do crime também não lhe favorece, pois a finalidade do traficante é, ao lado de exercer um poder contraposto ao Estado, auferir indevido lucro financeiro ao preço da desgraça daqueles que se viciam no uso das drogas. Aliada a essas circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, e a quantidade da substancia entorpecente apreendida, bem como sua natureza consistente em CRACK, sendo este entorpecente dotado de alto poder alucinógeno, viciativo e**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

destrutivo do organismo, que conforme estudos médicos, escravizam os consumidores (art. 42 da Lei nº 343/06), aplico ao réu a pena de 07 anos de reclusão cumulada com 700 dias-multa, sendo certo que conforme Jurisprudência recente a apreensão de elevada quantidade de drogas já é suficiente para a fixação da pena base acima do mínimo legal. Nesse sentido: (...) Como se sabe, o CRACK é droga que causa danos de difícil reparação no organismo humano, com repercussões desastrosas na sociedade. Estudos já demonstraram que essa substância proporciona o dobro do efeito alucinógeno, de rápida e fugaz duração, fazendo com que o usuário procure a droga mais e mais, compulsivamente, levando o indivíduo à dependência muito mais rápida do que outras drogas e realmente escraviza o usuário. É patente o perigo que tal substância representa, o nível de dano capaz de causar na saúde pública e em cada indivíduo em particular, expondo a sociedade a um risco maior pela sua posse e difusão. Dessa forma, uma vez constatado que o bem jurídico protegido pela norma foi atingido de forma mais contundente em razão da quantidade, variedade e natureza das drogas, maior deve ser o grau de reprovação da conduta, justificando o distanciamento das sanções dos patamares mínimos. **O contexto probatório é sólido e demonstra claramente que o réu praticava a mercancia de entorpecentes no local dominado pela conhecida facção criminosa TCP e, por questão de lógica, o réu tinha ligação, ainda que não estável, com tal facção.** Isto porque se faz impossível qualquer elemento vender drogas em local dominado por conhecida facção criminosa sem ter envolvimento com a mesma, inclusive sob pena de retaliação das mais diversas espécies. Pela análise do contexto probatório e tendo em vista a considerável quantidade de entorpecente que estava sendo comercializada pelo réu, resta claro que o mesmo já estava se dedicando a atividade da narcotraficância, fato que é suficiente para vedar a diminuição da pena, até porque pratica o trafico em local conhecido pela alta incidência do narcotráfico. Alias deve se notar que o traficante não age sozinho em locais conhecidos, estando portanto envolvido com outros traficantes para a prática da conduta criminosa, inclusive diante da necessidade do fornecedor de drogas. Neste sentido: (...). No mesmo sentido quanto a vedação da aplicação do redutor o seguinte entendimento: (...) Assim, tendo em vista que o réu não cumpre os requisitos subjetivos elencados no § 4º, do artigo 33 da Lei Anti-Tóxicos, deixo de reduzir a pena. Note-se que o privilegio tipificado no dispositivo em questão se destina a traficantes episódicos e pressupõe a existência concomitante dos requisitos elencados na norma, sobretudo a prova de não entregar facção criminosa, sendo certo que o contexto probatório demonstrou exatamente o contrário. Torno tal pena definitiva diante da ausência de outras causas de alteração de penas previstas em lei. A pena pecuniária fica fixada no valor unitário mínimo legal. A pena reclusiva será cumprida em regime inicialmente fechado, de acordo com o disposto na nova redação X artigo 2º, § 1º da Lei 8.072/90, alterado pela Lei 11.464/07".

O Tribunal *a quo* negou provimento ao apelo da defesa, consoante a seguinte



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentação (fls. 61/62):

"Quanto ao pleito subsidiário da Defesa objetivando a cominação da pena em seu mínimo legal, melhor sorte não socorre o apelante e, isso, porque, a enumeração do art. 59 do CP constitui critério norteador da prestação jurisdicional, afastando o arbítrio do julgador.

Necessita o Juiz, para aplicação da pena, de certa dose de discricionariedade, sendo imperativo que se esteja sempre alerta para os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade ao dosar o quantum de restrição a ser imposta. Note-se, portanto, que a sentença foi bem fundamentada para a aplicação da pena-base acima do mínimo legal, considerando a natureza da droga apreendida, o crack, droga de altíssimo grau de devastação, que vem transformando a nossa juventude em verdadeiros zumbis em vida. Cabe ao Judiciário, reconhecida a gravidade da situação, atuar de forma eficaz a retribuir e prevenir a prática do crime de tráfico de drogas, sobretudo no que diz respeito ao comércio ilegal do crack, droga que, repito, possui elevadíssimo poder devastador da saúde humana.

Não há que se falar em aplicação da causa de diminuição constante do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, vez que, das provas coligidas a estes autos verifica-se que o apelante se dedicava à atividade criminosa, o que se depreende, especialmente, pelas circunstâncias do fato, deixando claro que o mesmo se dedicava à atividade criminosa.

O regime fixado para cumprimento da reprimenda corporal é o que melhor se adequa ao crime cometido, devendo ser mantido. Torno a repetir, as gravíssimas conseqüências do tráfico ilícito de entorpecentes, ainda mais em se tratando do comércio de crack, droga conhecida pela inexorável devastação causada em seus usuários, obrigam a manter o regime inicialmente fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

No que tange ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, melhor sorte não assiste ao apelante e, isso porque, tendo sido preso comercializando considerável quantidade de droga altamente lesiva, não encontra abrigo no disposto no artigo 44, III, do CP".

Daí o presente writ, no qual assevera a impetrante que "considerando que a natureza e a quantidade da droga se encontram sob os padrões comuns em apreensões nestas circunstâncias, deixam de constituir fundamento idôneo para elevação da pena base, pois isso já foi considerado pelo legislador no momento da elaboração do próprio tipo penal".

Sustenta, ainda, que deve ser concedida a causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, ao argumento de que *"as circunstâncias judiciais absolutamente favoráveis aliadas à ausência de fundamentos para que o redutor deixe de ser reconhecido, impõem não só seu reconhecimento, mas igualmente sua aplicação na fração máxima".*

Acrescenta que *"a persistir o afastamento do redutor previsto no parágrafo 4º do artigo 33, a pena base há de ser fixada no patamar mínimo legal, sob*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena de incorrer-se em bis in idem".

Assevera, também, que caso seja concedida a diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 ou alterada a pena-base do paciente, deve ser fixado regime prisional diverso do fechado e substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Requer, "a concessão de medida liminar, para permitir o Paciente iniciar o cumprimento da pena, aguardando o julgamento do presente writ, no regime semiaberto" e "no mérito, requer-se a concessão da ordem, cessando a coação ilegal imposta, com a confirmação da liminar, para aplicar a causa especial de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º do artigo 33, com a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos".

Liminar indeferida às fls. 71/75.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 85/91).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 383.058 - RJ (2016/0331154-0)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA DA DROGA. QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVA. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. ELEMENTOS ÍNSITOS AO TIPO PENAL. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICAVA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL OCORRÊNCIA. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus*.

2. Embora a empreitada criminosa tenha envolvido substância de alto potencial lesivo – *crack* –, a quantidade apreendida não se mostra expressiva o suficiente a ponto de justificar a exasperação da pena na primeira fase da dosimetria. Lado outro, no tocante às demais circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, não foram arrolados dados concretos a justificar o recrudescimento da reprimenda na primeira fase, haja vista que as instâncias de origem teceram apenas considerações vagas e genéricas, baseadas em elementos ínsitos ao tipo penal em testilha, dissociadas das circunstâncias concretas dos autos, sem declinar de qualquer elemento que efetivamente evidenciasse a acentuada reprovabilidade da conduta delituosa perpetrada pelo paciente. Imprescindível o decote no incremento sancionatório para fixar a pena-base no mínimo legal.

3. Concluído pelas instâncias de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.

4. O regime inicial fechado foi fixado com base, exclusivamente, na gravidade abstrata do delito e no fato de tratar-se de crime equiparado a hediondo, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores. Fixada a pena-base no mínimo legal e, sendo a reprimenda final do paciente igual a 5 anos de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea *b*, do Código Penal.

5. 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 de reclusão, não é possível a pretendida substituição.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. *Habeas corpus* parcialmente concedido para reduzir a reprimenda imposta ao paciente ao patamar de 5 anos de reclusão, mais o pagamento de 500 dias-multa, bem como para fixar o regime inicial semiaberto para início do desconto da pena.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

A controvérsia jurídica cinge-se a analisar a dosimetria, bem como a fixação do regime inicial de cumprimento de pena e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Cumpre salientar, preliminarmente, que se vem firmando na jurisprudência dos Tribunais Superiores a convicção de que o *habeas corpus* não é a via apropriada para a discussão da dosimetria da pena, quando há a necessidade de mergulho em dados fáticos. Nesse sentido:

HC e Ponderação de Circunstâncias Judiciais - 1

O *habeas corpus* não se presta para ponderar, em concreto, a suficiência das circunstâncias judiciais invocadas pelas instâncias de mérito para a majoração da pena. Com base nesse entendimento, a Turma, por maioria, indeferiu *habeas corpus* em que se alegava a ausência de indicação de elementos concretos que justificassem a fixação, acima do mínimo legal, da pena imposta à paciente. Sustentava a impetração, também, equívoco no reconhecimento de circunstância elementar do tipo como agravante (CP, art. 61, II, g). No caso, a paciente fora condenada às penas do art. 171, *caput* (2 vezes), e § 3º, c/c os artigos 61, II, g e 71, *caput*, todos do CP, por haver, na condição de prestadora de serviços em estabelecimento bancário, subtraído vultosa importância em dinheiro. O juízo sentenciante reputara como motivo do crime a obtenção de lucro fácil em detrimento do patrimônio alheio e informara que as consequências do delito não seriam favoráveis à paciente, uma vez que os prejuízos não foram integralmente ressarcidos. Contra essa decisão, a defesa apelara, sendo seu recurso parcialmente provido para excluir a causa de aumento prevista no § 3º do art. 171 do CP, readequar a pena e fixar o regime prisional aberto. Na sequência, interpusera recurso especial, inadmitido, o que ensejara agravo de instrumento acolhido para reduzir o acréscimo aplicado ao crime continuado e, dessa forma, substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

(...)

Considerou-se, na espécie, que houvera a indicação de fatos concretos e, em tese, válidos para a majoração impugnada, especialmente pela culpabilidade da paciente em razão da reprovabilidade de sua conduta e das consequências do crime (CP, art. 59), não se mostrando juridicamente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desproporcional a fixação da pena-base em 2 anos de reclusão. Ademais, ressaltou-se orientação da Turma no sentido de que as circunstâncias e conseqüências do crime permitem mensurar o grau de culpabilidade da conduta. Por fim, afirmou-se que, para a pena-base ser estabelecida no mínimo legal e ser afastada a circunstância agravante prevista no art. 61, II, g, do CP, nos termos dos pedidos formulados pela impetração, far-se-ia necessário profundo revolvimento de fatos e provas, incabível na sede eleita. Vencido o Min. Carlos Britto que deferia parcialmente a ordem para determinar que o juiz refizesse a pena-base, dela excluindo a motivação do ganho fácil.

HC 97677/PR, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009. (Informativo 561, 7 de outubro de 2009)

Assim, a correção da reprimenda penal nesta sede é extraordinária, como já registrei:

Na apreciação das condenações em que se apuram vícios de fundamentação na individualização da pena, existindo elementos concretos que assim o permitam, o Superior Tribunal de Justiça tem procedido à imediata correção da ilegalidade, redimensionando a pena, ou então substituindo-a por restritiva de direitos (HC 66238/GO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06.12.2007, DJ 19.12.2007 p. 1234; HC 97.374/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06.03.2008, DJ 07.04.2008 p. 1).

(...)

A mencionada opção de se manter a condenação lembra, em alguma medida, a concepção de *capítulos da sentença*, de Cândido Rangel Dinamarco. Segundo o Professor Titular de Direito Processual Civil da USP:

“Assim sintetizadas, as diversas espécies de sentenças são dotadas de estruturas substanciais diferentes porque, enquanto as meramente declaratórias só apresentam um momento lógico (o da declaração), as demais contêm esse e mais um elemento.

(...)

Daí por que se diz que, enquanto as sentenças meramente declaratórias são compostas por um núcleo substancial muito simples (só a declaração), as demais contêm outros momentos lógicos além do momento declarativo.

Todas elas são suscetíveis de conter na parte dispositiva mais de um núcleo decisório, repartindo-se pois em *capítulos*. São capítulos da sentença *as partes em que idelologicamente se decompõe o decisório de uma sentença ou acórdão, cada uma delas contendo o julgamento de uma pretensão distinta*. (...) O elegante e riquíssimo tema dos *capítulos da sentença*, pouco desenvolvido na doutrina brasileira, é um fator de grande utilidade para a solução de muitos problemas relativos aos recursos, à nulidade da sentença, à liquidação desta, aos embargos do executado etc." (*Instituições de direito processual civil*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, vol. III, 2004, p. 197-198).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Fazendo-se uma transposição para a sentença penal, a anulação apenas da parte da sentença relativa à individualização da pena corresponderia a deixar íntegro o capítulo materialidade/autoria e entender contaminado aquele relativo à dosimetria.

O Superior Tribunal de Justiça, em situações tais, tem agido de modo a valorizar a garantia do *habeas corpus*, ampliando seu espectro de conhecimento e valorizando o *ius libertatis*. Opta-se por corrigir, desde logo, as distorções na fixação da pena e por escolher o regime inicial mais apropriado para o desconto da reprimenda. (MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis, MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. *Motivação da sentença condenatória e o habeas corpus perante o Superior Tribunal de Justiça. Renovação processual penal após a Constituição de 1988: estudos em homenagem ao professor José Barcelos de Souza*. Coord. Marcellus Polastri Lima et. al. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 221-222).

Para melhor deslinde da questão, cumpre trazer à baila o teor do édito condenatório de primeiro grau (fls. 24/26):

" [...] Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a pretensão punitiva estatal em relação ao delito de tráfico de entorpecentes e, em consequência, CONDENO o réu MARTIONE DOS SANTOS RODRIGUES, por transgressão ao preceito primário contido no tipo do art. 33 da Lei 11.343/06, pelo que passo a aplicar-lhe a pena. **O réu é primário e ostenta bons antecedentes, conforme se verifica em sua FAC de f. 86/88 e na certidão de f. 89. No entanto, restou demonstrado pelos depoimentos esclarecedores dos milicianos que o réu tinha envolvimento com atividade criminosa, inclusive praticando a mercancia de drogas para a conhecida facção criminosa TCP (Terceiro Comando Puro), que impera na favela Tira Gosto, conhecida pelo seu alto índice de narcotraficância. Quanto à culpabilidade do réu, entendo de classificá-la como maior o índice de reprovação, eis que o tráfico de drogas é hoje um poderoso meio de degradação da sociedade e desagregação da família. Sua personalidade e conduta social são desfavoráveis, posto que trata-se de traficante de entorpecentes, cuja atividade instaura na localidade um verdadeiro estado de pânico e insegurança, causando desgraça de famílias que assistem seus entes queridos no abismo do vício e dependência, quase sempre sem retorno a normalidade. Os motivos e circunstâncias do crime também não lhe favorece, pois a finalidade do traficante é, ao lado de exercer um poder contraposto ao Estado, auferir indevido lucro financeiro ao preço da desgraça daqueles que se viciam no uso das drogas. Aliada a essas circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, e a quantidade da substancia entorpecente apreendida, bem como sua natureza consistente em CRACK, sendo este entorpecente dotado de alto poder alucinógeno, viciativo e destrutivo do organismo, que conforme estudos médicos, escravizam os consumidores (art. 42 da Lei nº 11.343/06), aplico ao réu a pena de 07 anos de reclusão cumulada com 700 dias-multa, sendo certo que conforme Jurisprudência recente a apreensão de elevada quantidade**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de drogas já é suficiente para a fixação da pena base acima do mínimo legal. Nesse sentido: (...) Como se sabe, o CRACK é droga que causa danos de difícil reparação no organismo humano, com repercussões desastrosas na sociedade. Estudos já demonstraram que essa substância proporciona o dobro do efeito alucinógeno, de rápida e fugaz duração, fazendo com que o usuário procure a droga mais e mais, compulsivamente, levando o indivíduo à dependência muito mais rápido do que outras drogas e realmente escraviza o usuário. É patente o perigo que tal substância representa, o nível de dano capaz de causar na saúde pública e em cada indivíduo em particular, expondo a sociedade a um risco maior pela sua posse e difusão. Dessa forma, uma vez constatado que o bem jurídico protegido pela norma foi atingido de forma mais contundente em razão da quantidade, variedade e natureza das drogas, maior deve ser o grau de reprovação da conduta, justificando o distanciamento das sanções dos patamares mínimos. **O contexto probatório é sólido e demonstra claramente que o réu praticava a mercancia de entorpecentes no local dominado pela conhecida facção criminosa TCP e, por questão de lógica, o réu tinha ligação, ainda que não estável, com tal facção. Isto porque se faz impossível qualquer elemento vender drogas em local dominado por conhecida facção criminosa sem ter envolvimento com a mesma, inclusive sob pena de retaliação das mais diversas espécies. Pela análise do contexto probatório e tendo em vista a considerável quantidade de entorpecente que estava sendo comercializada pelo réu, resta claro que o mesmo já estava se dedicando a atividade da narcotraficância, fato que é suficiente para vedar a diminuição da pena, até porque pratica o trafico em local conhecido pela alta incidência do narcotráfico.** Alias deve se notar que o traficante não age sozinho em locais conhecidos, estando portanto envolvido com outros traficantes para a prática da conduta criminosa, inclusive diante da necessidade do fornecedor de drogas. Neste sentido: (...). **Assim, tendo em vista que o réu não cumpre os requisitos subjetivos elencados no § 4º, do artigo 33 da Lei Anti-Tóxicos, deixo de reduzir a pena. Note-se que o privilegio tipificado no dispositivo em questão se destina a traficantes episódicos e pressupõe a existência concomitante dos requisitos elencados na norma, sobretudo a prova de não entregar facção criminosa, sendo certo que o contexto probatório demonstrou exatamente o contrário. Torno tal pena definitiva diante da ausência de outras causas de alteração de penas previstas em lei. A pena pecuniária fica fixada no valor unitário mínimo legal. A pena reclusiva será cumprida em regime inicialmente fechado, de acordo com o disposto na nova redação X artigo 2º, § 1º da Lei 8.072/90, alterado pela Lei 11.464/07".**

Colhe-se do aresto impugnado (fls. 61/62):

"Quanto ao pleito subsidiário da Defesa objetivando a cominação da pena em seu mínimo legal, melhor sorte não socorre o apelante e, isso, porque, a enumeração do art. 59 do CP constitui critério norteador da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prestação jurisdicional, afastando o arbítrio do julgador.

Necessita o Juiz, para aplicação da pena, de certa dose de discricionariedade, sendo imperativo que se esteja sempre alerta para os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade ao dosar o *quantum* de restrição a ser imposta. **Note-se, portanto, que a sentença foi bem fundamentada para a aplicação da pena-base acima do mínimo legal, considerando a natureza da droga apreendida, o crack, droga de altíssimo grau de devastação, que vem transformando a nossa juventude em verdadeiros zumbis em vida.** Cabe ao Judiciário, reconhecida a gravidade da situação, atuar de forma eficaz a retribuir e prevenir a prática do crime de tráfico de drogas, sobretudo no que diz respeito ao comércio ilegal do *crack*, droga que, repito, possui elevadíssimo poder devastador da saúde humana.

Não há que se falar em aplicação da causa de diminuição constante do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, vez que, das provas coligidas a estes autos verifica-se que o apelante se dedicava à atividade criminosa, o que se depreende, especialmente, pelas circunstâncias do fato, deixando claro que o mesmo se dedicava à atividade criminosa.

O regime fixado para cumprimento da reprimenda corporal é o que melhor se adequa ao crime cometido, devendo ser mantido. Torno a repetir, as gravíssimas consequências do tráfico ilícito de entorpecentes, ainda mais em se tratando do comércio de crack, droga conhecida pela inexorável devastação causada em seus usuários, obrigam a manter o regime inicialmente fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

No que tange ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, melhor sorte não assiste ao apelante e, isso porque, tendo sido preso comercializando considerável quantidade de droga altamente lesiva, não encontra abrigo no disposto no artigo 44, III, do CP". (fls. 61/62)

Da leitura dos autos, verifica-se que a pena-base do paciente foi majorada em 2 anos, destacando o magistrado *a quo* a natureza e quantidade da substância entorpecente apreendida.

Malgrado seja legítimo invocar a natureza e a quantidade das drogas para incrementar a pena-base, com fulcro no art. 42 da Lei Antidrogas, na espécie, embora a empreitada criminosa tenha envolvido substância de alto potencial lesivo – 3,5g de *crack* (fl. 10) –, a quantidade apreendida não se mostra expressiva o suficiente a ponto de justificar tamanha exasperação da pena na primeira fase da dosimetria. Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. COCAÍNA. PEQUENA QUANTIDADE. AUSÊNCIA DE GRAVIDADE QUE JUSTIFIQUE TRATAMENTO RECRUDESCIDO. AGRAVO PROVIDO.

1. A realidade social e das prisões exige maior rigor para admissão de respostas criminais com privação de liberdade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Em apreensões de não relevante quantidade isolada de maconha, cocaína ou crack, embora não excluída a tipicidade do crime de tráfico de drogas, tampouco pode ser esse fato justificador de tratamento anormalmente gravoso - seja como critério da pena definitiva (na valoração da pena-base, na incidência da minorante do tráfico eventual, na fixação do regime prisional ou na definição de penas substitutivas), seja como valor para a prisão processual, então desnecessária.

3. **Agravo Regimental provido para redimensionar a pena do paciente para 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, mantidos os demais termos do édito condenatório.**

(AgInt no HC 372.899/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 15/03/2017)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. NATUREZA DA DROGA (COCAÍNA). POSSIBILIDADE. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE INEXPRESSIVA. AUMENTO DESPROPORCIONAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉ QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. INAPLICABILIDADE. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. 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. No termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias judiciais estabelecidas no 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. **Embora o Superior Tribunal de Justiça já tenha se manifestado que a aferição negativa da natureza da droga na primeira fase da dosimetria atende o critério estabelecido no art. 42 da Lei de Drogas, as particularidades do caso concreto, recomendam a readequação da pena inicial, sobretudo quando favoráveis as demais circunstâncias judiciais e verificada a ínfima quantia de droga apreendida - apenas 7 decigramas de cocaína -. Portanto, é suficiente o aumento da pena-base em seis meses de reclusão.**

4. 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.

5. Concluído pelas instâncias antecedentes, com fulcro nos elementos colhidos na instrução e com base nas circunstâncias fáticas do delito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(promover a comercialização de entorpecentes de forma rotineira por meio de "disque-drogas"), que a paciente se dedicava ao tráfico de drogas, 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. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena final pelo delito de tráfico para 5 anos e 6 meses de reclusão, mais 550 dias-multa.

(HC 378.627/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 07/12/2016)

Lado outro, é de ver que as demais circunstâncias judiciais foram consideradas desfavoráveis sem que fossem arrolados dados concretos a justificar o recrudescimento da reprimenda na primeira fase da dosimetria, haja vista que as instâncias de origem teceram apenas considerações vagas e genéricas, baseadas em elementos ínsitos ao tipo penal em testilha, completamente dissociadas das circunstâncias concretas dos autos, sem declinar de qualquer elemento que efetivamente evidenciasse a acentuada reprovabilidade da conduta delituosa perpetrada pelo paciente. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. PARTE DA FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. EXASPERAÇÃO. NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO. PACIENTE MULTIREINCIDENTE. FRAÇÃO DE AUMENTO SUPERIOR A 1/6 NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. POSSIBILIDADE. PONDERAÇÃO NEGATIVA DOS MAUS ANTECEDENTES E AGRAVAMENTO DA PENA PELA REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES DISTINTAS. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. RÉU REINCIDENTE, COM CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL, CONDENADO À PENA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. SÚMULA 269/STJ. NÃO APLICAÇÃO. DETRAÇÃO. TEMA NÃO DEBATIDO NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PENA REDIMENSIONADA. REGIME PRISIONAL MANTIDO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. 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 writ, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. 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 desproporcionalidade.

3. Nesse contexto, elementos próprios do tipo penal, alusões à potencial consciência da ilicitude, à gravidade do delito, ao perigo da conduta, à busca do lucro fácil e outras generalizações sem suporte em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dados concretos, não podem ser utilizados para aumentar a pena-base.

4. No caso, apenas os maus antecedentes ensejam a exasperação da pena-base, pois os demais fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias são circunstâncias genéricas e abstratas, inerentes ao fato típico comum ou desprovidas de maior reprovabilidade. Assim, revela-se proporcional a fixação da pena-base em 1/6 acima do mínimo legal.

5. Predomina na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a multireincidência constitui justificativa idônea para acréscimo superior a 1/6 (um sexto) na segunda fase da dosimetria da pena.

6. A jurisprudência desta Corte é assente no sentido de ser possível levar em consideração condenações transitadas em julgado para efeito de maus antecedentes e reincidência quando distintos os respectivos fatos geradores.

7. Não obstante o paciente tenha sido condenado a pena privativa de liberdade não superior a 4 anos, a reincidência e a ponderação negativa das circunstâncias judiciais justificam a fixação do regime inicial fechado, na esteira do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

8. O tema referente à possibilidade de detração da pena não foi enfrentado pela Corte de origem, de forma que sua análise por este Tribunal implicaria supressão de instância.

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena do paciente, mantido o regime inicial fechado.

(HC 344.262/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 02/05/2016)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. INTERESTADUALIDADE. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. ELEMENTOS ÍNSITOS AO TIPO PENAL. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. REDUÇÃO DO QUANTUM DE AUMENTO PELA INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO ART. 40, INCISO V, DA LEI N.º 11.343/2006. TEMA NÃO ENFRENTADO NA ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de habeas corpus (STF: HC 97677/PR, 1.ª Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009 - Informativo 561, 7 de outubro de 2009).

2. Embora seja legítima a exasperação da pena-base com base na quantidade e natureza de drogas, verifica-se ocorrência de violação ao princípio do ne bis in idem, haja vista que as mesmas circunstâncias foram utilizadas também na terceira fase da dosimetria para determinar o quantum de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Verifica-se, ainda, a ocorrência de bis in idem no tocante a fundamentação adotada para considerar as circunstâncias do crime de tráfico em demérito da paciente, haja vista que o fato de a paciente ter transportado as drogas de São Paulo até o estado da Paraíba também ensejou a aplicação da majorante prevista no art. 40, V, da Lei n.º 11.343/06, sendo indevida a valoração da mesma circunstância em duas etapas da individualização da pena.

4. Não foram arrolados dados concretos a justificar o recrudesimento da reprimenda em razão das circunstâncias judiciais referentes à personalidade, aos motivos e às consequências do crime, haja vista que o Magistrado de primeiro grau teceu apenas considerações vagas e genéricas, baseadas em elementos ínsitos ao tipo penal em testilha, completamente dissociadas das circunstâncias concretas dos autos, sem declinar de qualquer elemento que efetivamente evidenciasse a acentuada reprovabilidade da conduta delituosa perpetrada.

5. O tema referente à possibilidade de redução do quantum de aumento pela incidência da majorante do art. 40, inciso V, da Lei n.º 11.343/2006 não foi apreciado pelo Tribunal a quo, o que impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de, afastada a valoração negativa da personalidade, dos motivos e das consequências do crime, determinar ao Magistrado de primeiro grau que proceda à nova dosimetria da paciente, considerando a quantidade e natureza das drogas, bem como a interestadualidade do delito somente em uma das etapas do cálculo das penas.

(HC 320.871/PB, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 11/12/2015)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO. RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. PROGRESSÃO CONCEDIDA NA ORIGEM. PREJUDICADO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso em ação cabível, salvo nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia jurídica.

2. A pena-base não pode ser descolada do mínimo legal com esteio em elementos constitutivos do crime ou com fundamento em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a sua exasperação.

3. A mera alegação de que o paciente guardava a droga em sua própria residência, sem a indicação de qualquer elemento concreto dos autos que efetivamente evidenciasse a acentuada reprovabilidade da conduta delituosa praticada, não autoriza concluir-se pela desfavorabilidade da circunstância judicial da culpabilidade.

4. Inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

majorar a pena-base como maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade. (Incidência da Súmula n. 444/STJ).

5. A busca pelo lucro fácil constitui elemento inerente ao próprio tipo penal violado (tráfico de drogas), não podendo, por isso mesmo, ensejar a valoração negativa dos motivos do crime.

6. Os malefícios gerados pelo tráfico de drogas à sociedade como um todo, bem como o fato de ele desestabilizar a pacificação social, constituem elementos genéricos, que serviriam para qualquer crime de narcotráfico abstratamente considerado, razão pela qual não podem ensejar a exasperação da pena-base, a título de consequências desfavoráveis do crime.

7. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para reduzir a pena-base ao mínimo legal, tornando a reprimenda do paciente definitiva em 3 anos de reclusão e pagamento de 50 dias-multa. Prejudicado o pedido de progressão de regime, pela perda de objeto.

(HC 61.007/PA, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/02/2014, DJe 07/03/2014)

Imprescindível, portanto, o decote do incremento sancionatório a fim de fixar a pena-base do paciente no mínimo legal, perfazendo 5 anos de reclusão, mais o pagamento de 500 dias-multa.

No tocante à aplicabilidade da causa especial de diminuição de pena, mister sublinhar que o art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

Verifica-se, dessarte, que as instâncias de origem de origem concluíram, com arrimo em elementos concretos dos autos, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, o que não pode ser revisto sem o necessário revolvimento fático-probatório, inviável nesta sede, angusta por excelência. Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. PRESENÇA DE INDICATIVOS NOS AUTOS DE DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REVISÃO. VIA IMPRÓPRIA. IMPOSIÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO PELA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA (514,26 GRAMAS DE MACONHA). POSSIBILIDADE. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO SUPERIOR A 4 ANOS. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a quantidade e a natureza da droga podem justificar a não aplicação da minorante prevista no art. 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando demonstrarem a dedicação à atividade criminosa. Precedentes.

3. Evidenciado que a aplicação do benefício foi afastado em virtude das circunstâncias do caso - em especial, a quantidade das drogas e a utilização de radiotransmissor pelo paciente em local conhecido como ponto de tráfico -, as quais evidenciariam o não preenchimento dos requisitos legais, concluindo tratar-se de réu que não pode ser considerado como um pequeno traficante [...] (fl. 39), inexistente constrangimento ilegal a ser sanado, sendo que a pretendida revisão do julgado implicaria o reexame do material cognitivo produzido nos autos, insuscetível de ser realizada na estreita via do habeas corpus. Precedentes.

4. Nos termos do entendimento firmado pelo STJ, a natureza, a quantidade e a variedade da substância entorpecente constituem fundamento idôneo para justificar a fixação de regime penal mais gravoso. Precedentes.

5. Prejudicada a análise do pleito de substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, diante do quantum de pena fixado, superior a 4 anos de reclusão, nos termos do art.

44, I, do Código Penal.

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 339.591/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 06/06/2016)

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 MAIS GRAVOSO (FECHADO). GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. SÚMULA 440/STJ. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. WRIT 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. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao tráfico de drogas, tendo como fundamento o local da efetivação da prisão em flagrante, conhecido ponto de tráfico, assim como a apreensão de dinheiro, sem origem esclarecida, e a expressiva e variada quantidade de drogas com os réus (85 invólucros de maconha, 94 pedras de "crack", 110 supositórios de cocaína), 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).

4. 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.

5. Hipótese em que a Corte de origem fixou o regime inicial mais gravoso, com fulcro na gravidade abstrata do delito, em manifesta afronta ao entendimento firmado nas Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF.

6. Fixada a pena definitiva em 5 anos de reclusão, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime semiaberto é o cabível para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal (Precedentes).

7. 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.

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto como o inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

(HC 324.926/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 07/12/2016)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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, fundamentadamente, foi afastada a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, à vista de elementos concretos que indicaram a dedicação do acusado à atividade criminosa do tráfico. O Tribunal estadual motivou a conclusão do julgado ante a natureza, a variedade e a significativa quantidade de substâncias entorpecentes apreendidas (23 porções de maconha, 16 porções de cocaína e 41 porções de crack), bem como o contexto fático em que se deu a prisão em flagrante do paciente, em ponto de venda de drogas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Para acolher a tese defensiva de que o acusado não se dedica a atividades criminosas, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência essa que, como cediço, é vedada na via estreita do habeas corpus.

4. Reconhecida a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da reprimenda imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, assim como as demais peculiaridades do caso concreto (por exemplo, a quantidade e a natureza de drogas apreendidas), para que, então, seja escolhido o regime carcerário que, à luz do disposto no art. 33 e parágrafos do Código Penal, se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

5. No caso, as instâncias ordinárias determinaram a imposição do regime inicial fechado, sem apontar nenhum elemento concreto dos autos que, efetivamente, evidenciasse a necessidade de fixação do modo inicialmente mais gravoso de execução.

6. Transitada em julgado a condenação, cabe ao Juízo das Execuções Criminais avaliar o caso, examinando a possibilidade de, com base nas particularidades do caso concreto, fixar ao apenado regime inicial mais brando de cumprimento de pena.

7. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, apenas para afastar a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado e determinar que o Juízo das Execuções Criminais proceda à análise do caso concreto, à luz do disposto no art. 33 do CP, sob pena de este Superior Tribunal, fazendo-o diretamente, incidir na indevida supressão de instância.

(HC 311.334/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/03/2015, DJe 12/03/2015)

Assim, não havendo outras circunstâncias judiciais ou legais, causas de aumento ou diminuição de pena a serem analisadas no exame dosimétrico, torno a reprimenda definitiva em 5 anos de reclusão, mais o pagamento de 500 dias multa.

Quanto ao regime, mister destacar que a estipulação do regime inicial fechado - contida no § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072, que fora alterado pela Lei n.º 11.464/07 - foi superada pelo Pretório Excelso, órgão responsável pela análise de compatibilidade das leis com a Constituição Federal, em decisões recentes. A esse respeito, confira-se o teor do Informativo n.º 569 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

A Turma, superando a restrição fundada no Enunciado 691 da Súmula do STF, concedeu habeas corpus a condenado pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33) para determinar que tribunal de justiça substitua a pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos ou, havendo reversão, que o início do cumprimento da pena privativa de liberdade se dê no regime aberto. Assentou-se que a quantidade de pena imposta – 3 anos –, não constando circunstâncias desfavoráveis ao paciente, que não registra antecedentes, permitiria não só que a pena tivesse início no regime aberto (CP, art. 33, § 2º, c), mas, também, a substituição por pena restritiva de direitos (CP, art. 44, § 2º, segunda parte). HC 101291/SP, Rel. Min. Eros Grau, 24.11.2009. (HC-101291)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O citado *writ* possui esta ementa:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO MAIS GRAVE DO QUE O PREVISTO EM LEI. DIREITO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EXCEÇÃO À SÚMULA 691.

Tráfico de entorpecentes. Fixação da pena. Circunstâncias judiciais favoráveis. Pena fixada em quantidade que permite a substituição da privação de liberdade por restrição de direitos ou o início do cumprimento da pena no regime aberto. Imposição, não obstante, de regime fechado. Constrangimento ilegal a ensejar exceção à Súmula 691/STF. Ordem concedida. (HC n.º 101.291/SP; Relator(a): Ministro Eros Grau; Julgamento: 24/11/2009; Segunda Turma; DJe-027 - 12-02-2010)

Diante disso, a Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o *quantum* de pena aplicado, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal (HC n.º 118.776/MG, da relatoria do Ministro Nilson Naves, julgado em 18.3.2010), bem como a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Registre-se, por oportuno, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, em sessão extraordinária realizada no dia 27.6.2012, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07. Confira-se:

"Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei n.º 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

semiaberto.

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, com a redação dada pela Lei n.º 11.464/07, o qual determina que *"a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado"*. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito **ex nunc**, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado." (HC n.º 111.840/ES; Relator(a): Ministro Dias Toffoli; Julgamento: 27/06/2012; Tribunal Pleno)

Assim, restou superada pela Suprema Corte e por este Tribunal Superior a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes.

In casu, verifica-se que o magistrado *a quo* fixou o regime inicial mais gravoso apenas com base no fato de tratar-se o tráfico de drogas de crime equiparado a hediondo. Outrossim, o Aerópago estadual não apenas endossou a fundamentação esposada pelo órgão singular, como também destacou elementos tangentes à gravidade em abstrato do delito em epígrafe.

Com efeito, consoante esposado alhures, tais questões foram superadas pelos tribunais superiores, de modo que não configuram fundamentação idônea a justificar a fixação do regime mais gravoso para os condenados pela prática dos delitos previstos na Lei Antitóxicos, haja vista que, para estabelecer o regime prisional, deve o Magistrado avaliar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelos arts. 33 e parágrafos do Código Penal, o que não ocorreu na espécie.

Tendo em vista que as instâncias de origem deixaram de demonstrar, com arrimo em elementos concretos constantes dos autos, que o regime imposto seria necessário e suficiente à prevenção e repressão do delito praticado pelo paciente, a não individualização da pena, *per se*, eiva a condenação de flagrante ilegalidade. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA FIGURA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. REGIME PRISIONAL FECHADO. REFERÊNCIA À HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. REGIME SEMIABERTO DEFERIDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO A RECOMENDAM. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- 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.

- Em relação à redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a sua aplicação demanda o preenchimento de quatro requisitos cumulativos, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organização criminosa.

- No caso, preenchidos os pressupostos para aplicação da benesse, necessário o redimensionamento da pena nos termos do supracitado artigo. Contudo, em razão da variedade das drogas, não deve ser aplicada a redutora no patamar máximo. Precedentes.

- **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 718 e 719/STF.**

- **No caso, a quantidade de drogas apreendidas não se mostram suficientes para justificar o regime mais gravoso. Dessa forma, tendo em vista que a paciente é primária, com pena inferior a 4 anos, mas também a não aplicação da redutora no patamar máximo, se mostra adequada a fixação do regime semiaberto, a teor do disposto nos arts. 33, §§ 2º, "b", e 3º, do Código Penal.**

- Quanto à substituição, verifica-se que as circunstâncias do caso concreto não a recomendam.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena e fixar o regime semiaberto.

(HC 382.572/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 10/03/2017)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

REGIME INICIAL FECHADO DETERMINADO COM BASE NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. ELEMENTOS PRÓPRIOS DO TIPO PENAL VIOLADO. DESCABIMENTO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ART. 33, §§ 2º E 3º, DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS 440 DESTES TJ E 718 E 719 DA SUPREMA CORTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ALTERAÇÃO PARA O SEMIABERTO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no sentido de que, fixada a pena-base no mínimo legal pela favorabilidade das circunstâncias judiciais, não se justifica a fixação do regime prisional mais gravoso (Súmula 440/STJ).

2. A Suprema Corte, nos verbetes 718 e 719, sumulou o entendimento de que a opinião do julgador acerca da gravidade abstrata do delito não constitui motivação idônea a embasar o encarceramento mais severo do sentenciado.

(...)

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de reduzir a reprimenda para 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, em regime inicial semiaberto.

(HC 363.393/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 02/03/2017)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. 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, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

2. In casu, foi fixado o regime inicial fechado com base, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

3. Fixada a pena-base no mínimo legal, ante a ausência de motivos para a sua exasperação, e tendo sido a reprimenda final estabelecida no patamar de 5 anos de reclusão, é razoável o restabelecimento do regime inicial semiaberto para o inicial cumprimento de pena, a teor do disposto no artigo 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.

4. Ordem concedida para fixar o regime semiaberto para o inicial cumprimento da pena do paciente.

(HC 382.382/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 02/03/2017)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. QUANTIDADE DE DROGA INEXPRESSIVA. PRIMARIEDADE E MONTANTE DA PENA QUE ENSEJAM O REGIME INICIAL SEMIABERTO.

1. O regime mais gravoso que o patamar de pena aplicada pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, conforme o teor das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.

2. In casu, o regime fechado foi estabelecido pelo Tribunal de origem com base na gravidade abstrata do delito, fundamentação que deve ser afastada. Verificada a quantidade de droga insuficiente para, por si só, justificar regime prisional mais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

gravoso e constatados a primariedade, ausência de circunstâncias desfavoráveis e o quantum da pena privativa de liberdade inferior a 8 anos, faz jus o paciente ao regime semiaberto.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgInt no HC 357.639/RJ, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 16/02/2017)

Com efeito, fixada a pena-base no mínimo legal e, sendo a reprimenda do paciente igual a 5 anos de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea *b*, do Código Penal.

No mais, no que tange à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, imperativo transcrever o comando de regência da matéria, previsto no Código Penal:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

No caso em tela, a reprimenda final do paciente foi fixada em 5 anos de reclusão, ultrapassando, portanto, o limite legal para incidência da benesse nos crimes dolosos. Assim, de acordo com a disciplina do instituto da pena restritiva de direitos, tem-se que não é possível o atendimento da pretensão deduzida no presente *writ*. Nesta senda:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. (...) SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL INVIÁVEL. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

- Uma vez que a pena final foi fixada em patamar superior a 4 anos, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, por ausência dos requisitos previstos no art. 44 do CP. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, redimensionando-se as penas do paciente para 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 382.241/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 10/03/2017)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. (...) SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REPRIMENDA SUPERIOR A 4 ANOS (ART. 44, I, DO CP). WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

4. É incabível a substituição de pena privativa de liberdade superior a 4 anos por restritivas de direitos, nos termos do art. 44, I, do CP.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto no cumprimento da pena.

(HC 373.574/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 10/02/2017)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. (...) SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO, DE OFÍCIO. SANÇÃO REDIMENSIONADA.

(...)

10. Uma vez que o paciente foi condenado a reprimenda superior a 4 anos de reclusão e ostenta circunstância judicial desfavorável (tanto que a sua pena-base ficou estabelecida acima do mínimo legal), dúvidas não há de que o regime inicial fechado é, efetivamente, o que se mostra o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 33, § 2º, "a", e § 3º, do Código Penal.

11. Não há como ser concedida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos a condenado ao cumprimento de reprimenda superior a 4 anos de reclusão, por ausência de preenchimento do requisito objetivo.

12. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para redimensionar a reprimenda do paciente, nos termos do voto do relator.

(HC 338.379/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 16/12/2016)

Ante do exposto, **concedo parcialmente a ordem** a fim de reduzir a reprimenda final ao patamar de 5 anos de reclusão, mais o pagamento de 500 dias-multa, bem como para fixar o regime inicial semiaberto para início do desconto da pena.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0331154-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 383.058 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00090436020138190014 134024062013 90436020138190014

EM MESA

JULGADO: 27/04/2017

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	: MARTIONE DOS SANTOS RODRIGUES (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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.