



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 370.363 - RS (2016/0236556-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : MOISES SILVA PEIXOTO
PACIENTE : MAGNUS MARCELO MACHADO GONCALVES

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NOCIVIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE OS PACIENTES DEDICAM-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. MONTANTE DA PENA QUE NÃO ATENDE AO REQUISITO OBJETIVO PREVISTO NO INCISO I DO ART. 44 DO CP. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MANUTENÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

– O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

– Consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, na fixação da pena do crime de tráfico de drogas, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e a conduta social do agente.

– No caso, as penas basilares dos pacientes foram fixadas apenas 1/5 acima do mínimo legal com lastro na quantidade, variedade e nocividade das drogas apreendidas, quais sejam, *100 gramas de crack e 28 gramas de maconha*, argumentos válidos para tal fim, pois em consonância ao já mencionado art. 42 da Lei n. 11.343/2006, ao art. 59 do CP e à jurisprudência desta Corte. Precedentes.

– Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

– Esta Corte Superior tem decidido que a quantidade, a variedade e a nocividade da droga, bem como as circunstâncias nas quais foi apreendida, são elementos que evidenciam a dedicação do réu à atividade criminosa e, em decorrência, podem embasar o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

– Hipótese em que o Tribunal de origem conferiu legalidade quando não reconheceu o privilégio, demonstrando a dedicação às atividades ilícitas diante da quantidade e da nocividade dos entorpecentes apreendidos, aliada às circunstâncias em que o delito ocorreu, notadamente agravadas pela apreensão de balança de precisão e demais materiais utilizados no preparo das drogas, bem como ao fato de um dos pacientes contar com o registro de processo em curso e o outro, com condenação definitiva posterior aos fatos em tela. Modificar tal conclusão requer o revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do *habeas corpus*. Precedentes.

– Mantida a condenação em patamar superior a 4 anos, resulta inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44, I, do CP.

– O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

– Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta, é necessário fundamentação específica, com base em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas 440/STJ e 718 e 719 do STF.

– Na espécie, consigne-se que, a despeito de a condenação ter sido à pena inferior a 8 anos de reclusão, o acórdão recorrido destacou que, como a pena-base foi estabelecida acima do piso legal em razão da quantidade e nocividade das drogas apreendidas, há circunstância judicial desfavorável que torna possível a fixação do regime inicial fechado, consoante dispõe o art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

– *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de outubro de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 370.363 - RS (2016/0236556-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : MOISES SILVA PEIXOTO
PACIENTE : MAGNUS MARCELO MACHADO GONCALVES

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de MOISES SILVA PEIXOTO e MAGNUS MARCELO MACHADO GONÇALVES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Apelação n. 0038562-20.2013.8.21.7000).

Consta dos autos que os pacientes foram denunciados pela prática dos crimes previstos nos arts. 33, *caput*, e 35 da Lei 11.343/2006 (fls. 9/12 e 133).

Ao final da instrução, o Juízo sentenciante absolveu os pacientes, com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal (fls. 276/283).

Irresignado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação, o qual foi provido para condenar os pacientes pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, fixando as penas de 6 anos de reclusão e multa para o paciente MAGNUS e 5 anos e 6 meses de reclusão e multa para MOISÉS, ambos em regime inicial fechado (fls. 327/343). Segue a ementa do acórdão:

APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE CRACK. DECRETO ABSOLUTÓRIO. INSURGÊNCIA MINISTERIAL.

I. PALAVRA DOS POLICIAIS. PROVA VÁLIDA. Os depoimentos dos policiais não apresentam distorção de conteúdo, tendo sido reproduzidas em juízo de forma uníssona, confirmando a apreensão de elevada volumetria de crack e balança de precisão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

na residência onde os réus se encontravam, identificada como ponto de intenso varejo ilícito.

II. PROVA COLHIDA NA FASE POLICIAL. As informações obtidas na fase pré-processual encontram-se subsidiadas por elementos de convencimento colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, de tal sorte que podem aquelas ser levadas a efeito na formação da culpa. Inteligência do artigo 155, do CPP.

III. TRÁFICO PRIVILEGIADO. Tratando-se de benefício especial, exige que os implicados possuam “bons antecedentes”, situação que não se coaduna com aqueles que já foram sancionados por outros delitos, dirigindo-se o beneplácito ao criminoso ocasional, que eventualmente se desvia, e não ao que, embora condenado, insiste na prática da infração.

IV. REGIME CARCERÁRIO. Fixado o regime inicial fechado, considerando a apreensão de elevada volumetria de crack, substância de alta lesividade, nos termos do artigo 33, §§2º e 3º, do CP, associado ao art. 42, da Lei nº 11.343/2006.

APELO MINISTERIAL PROVIDO.

No presente *mandamus* (fls. 1/8), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal aos pacientes, pois: **a)** as penas-base foram exasperadas de forma excessiva e desproporcional; **b)** não aplicou o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, embora preenchidos os requisitos legais para a sua incidência, sendo que a quantidade de entorpecentes e a existência de ação penal em curso não obstam o benefício; **c)** fixou o regime inicial fechado, sendo que a pena aplicada comporta o estabelecimento do regime semiaberto. Em consequência do pleiteado redimensionamento da pena, defende ser cabível a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Ao final, liminarmente e no mérito, pede a concessão da ordem para que as penas dos pacientes sejam reduzidas, além da fixação de regime prisional mais brando e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Pedido liminar indeferido (fls. 351/353).

Informações prestadas às fls. 362/378.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pelo não conhecimento do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

writ (fls. 382/385).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 370.363 - RS (2016/0236556-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpra analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Quarta Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa dos pacientes, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Como já consignado no relatório, busca a defesa a redução da pena-base, a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, o abrandamento do regime prisional e a aplicação do art. 44 do CP.

Como é cediço, 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.

Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre *in casu*, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, *in verbis*:

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.

No caso, o acórdão recorrido, após as considerações acerca da materialidade e autoria, condenou os pacientes como incurso no art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e aplicou as reprimendas nos seguintes moldes (fls. 374/375):

a) Magnus Marcelo Machado Gonçalves

À vista das operadoras do art. 59, do CP, é possível afirmar que o acusado tinha plena consciência da ilicitude de seu gesto, inexistindo circunstância conhecida que permita elevar o grau de reprovabilidade acima do preceito usual. A personalidade e a conduta social não interferem. Os motivos e as consequências são os normais ao tipo. O réu não apresenta Maus antecedentes. As circunstâncias são desfavoráveis, considerando a quantidade e natureza da droga, notadamente em razão da apreensão de elevada volumetria de crack, nos termos do artigo 42, da Lei nº 11.343/2006.

Vistos esses pressupostos, fixo a pena-base em 06 (seis) anos de reclusão, a qual torno definitiva ante a ausência de outras causas alterativas.

Seguindo as mesmas diretrizes, estabeleço a pena de multa em 600 (seiscentos) dias-multa, à razão unitária mínima.

b) Moisés Silva Peixoto

À vista das operadoras do art. 59, do CP, é possível afirmar que o acusado tinha plena consciência da ilicitude de seu gesto, inexistindo circunstância conhecida que permita elevar o grau de reprovabilidade acima do preceito usual. A personalidade e a conduta social não interferem. Os motivos e as consequências são os normais ao tipo. O réu não apresenta Maus antecedentes. As circunstâncias são desfavoráveis, considerando a quantidade e natureza da droga, notadamente em razão da apreensão de elevada volumetria de crack, nos termos do artigo 42, da Lei nº 11.343/2006.

Vistos esses pressupostos, fixo a pena-base em 06 (seis) anos de reclusão.

Não há agravantes. Presente a atenuante da menoridade em favor do réu Moisés, reduzo a pena em 06 (seis) meses, tornando-a como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

definitiva em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, ante a ausência de outras causas alternativas.

Seguindo as mesmas diretrizes, estabeleço a pena de multa em 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, à razão unitária mínima.

Pela leitura do acórdão recorrido acima transcrito, observa-se que inexistente constrangimento ilegal a ser sanado na primeira fase da dosimetria, uma vez que a pena-base dos pacientes afastou-se do mínimo legal com lastro na quantidade, variedade e nocividade das drogas apreendidas, quais sejam, *100 gramas de crack e 28 gramas de maconha* (fl. 372), argumentos válidos para tal fim, pois em consonância ao já mencionado art. 42 da Lei n. 11.343/2006 e ao art. 59 do CP.

Assim, considerando a natureza, a nocividade e a variedade das drogas apreendidas como circunstâncias judiciais preponderantes, nos termos dos arts. 42 da Lei de Drogas e 59 do Código Penal, e a variação entre as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito de tráfico de drogas - de 5 a 15 anos de reclusão -, não se identifica qualquer constrangimento ilegal a ser sanado na presente via, pois o afastamento em apenas 1/5 do mínimo legal encontra-se proporcional à gravidade concreta do delito e deve ser mantido em respeito à discricionariedade vinculada do julgador.

A propósito:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO E VEDAÇÃO À SUBSTITUIÇÃO DE PENA. POSSIBILIDADE.

I - A exacerbação da pena-base fundamentada na natureza e quantidade do entorpecente apreendido (crack), atende ao disposto no art. 59 do CP e no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

II - Outrossim, a fixação da pena-base acima do mínimo legal em razão da quantidade e natureza da droga apreendida, na linha do disposto no art. 42 da Lei nº 11.343/2006, pode ensejar, como no caso, a fixação de regime mais gravoso e a vedação à substituição da pena por restritiva de direitos. (Precedentes).

Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 605.512/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2016,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DJe 04/03/2016) -grifei.

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO. PROPORCIONALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. DEDICAÇÃO DA AGENTE AO TRÁFICO DE DROGAS. INCURSÃO EM FATOS E PROVAS. VIA INADEQUADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

2. Nos moldes da jurisprudência consolidada desta Corte, não há falar em ilegalidade na dosimetria se as instâncias de origem fundamentaram concretamente a fixação da pena no patamar estabelecido. A dosagem da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Destarte, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do habeas corpus, pois exigiriam revolvimento probatório. Precedentes.

3. Considerando a natureza e variedade das drogas, bem como as circunstâncias do crime (envolvimento de menor) como circunstâncias judiciais preponderantes, nos termos dos arts. 42 da Lei de Drogas e 59 do Código Penal, e a variação entre as penas mínima e máxima abstratamente cominadas aos delitos de tráfico de drogas de 5 a 15 anos de reclusão, não se identifica qualquer violação do art. 59 do CP, porquanto apresentados elementos idôneos aptos a justificar o aumento das reprimendas, na primeira fase.

(...)

5. Habeas corpus não conhecido. (HC 267.858/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 20/09/2016) - grifei.

Prosseguindo, requer a defesa o reconhecimento do tráfico privilegiado, sob o argumento de que os pacientes atendem aos requisitos legais, destacando que a quantidade entorpecentes e presença de ações em andamento não podem obstar o benefício.

No caso, o voto condutor do acórdão recorrido, ao negar o privilégio,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consignou que (fls. 373/374):

Outrossim, incabível o reconhecimento da minorante prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei Antidrogas em benefício dos réus.

A referida minorante especifica que é permitido ao julgador reduzir a pena à fração de um sexto a dois terços, na hipótese de ser o réu primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas, e tampouco integrar organização criminosa .

Com base no dispositivo supracitado, pretende a lei, por motivos de política criminal, distinguir o traficante eventual e não integrante de organização criminosa daquele profissional dedicado às atividades criminosas e integrante desse tipo de organização, buscando punir mais levemente o primeiro . Para tanto, faz-se necessário que o agente integre, em conjunto, os quatro requisitos especificados.

Ocorre que, in casu, apresenta o réu Magnus uma sentença condenatória transitada em julgado pela prática de homicídio duplamente qualificado; ao passo que registra Moisés uma condenação provisória pela prática de delito de mesma estirpe, os quais, embora não possam ser valorados como agravante da reincidência ou maus antecedentes, não recomendam o reconhecimento da benesse.

Saliento que, tratando-se de benefício especial, exige que o implicado possua “bons antecedentes”, situação que não se coaduna com aquele que já foi sancionado por outro delito. Dirige-se o beneplácito, assim, ao criminoso ocasional, que eventualmente se desvia, e não ao que, embora condenado, insiste na prática da infração.

Destaco que os acusados foram presos na residência apontada como ponto de intenso varejo ilícito, local onde houve a apreensão de elevada volumetria de crack, balança de precisão, e demais materiais utilizados no preparo das drogas à venda, o que indica habitualidade e reiteração criminosa.

Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

Por outro lado, esta Corte tem enetendido que a quantidade e a nocividade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do entorpecente apreendido são fundamentos idôneos a ensejar o afastamento do tráfico privilegiado, quando, aliada às circunstâncias em que o delito ocorreu, levarem à conclusão de que o acusado dedica-se a atividades ilícitas. Nesta linha, conferir: AgInt no AREsp 875.951/ES, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 02/08/2016, DJe 10/08/2016.

De pronto, vale destacar que o fato de um dos acusados possuir condenação definitiva posterior e o outro, uma condenação provisória, as quais não puderam ser valoradas a título de maus antecedentes, por si só, não conduz à conclusão de que os pacientes dedicam-se às atividades criminosas, sendo inidôneo tal fundamento para, de forma isolada, sem o cotejo com as circunstâncias em que ocorreu o delito, obstar a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

Contudo, quando aliados, como destacado pelo acórdão recorrido, à quantidade/nocividade da drogas apreendidas - *100 gramas de crack e 28 gramas de maconha* - e às circunstâncias em que o delito ocorreu, notadamente agravadas pela apreensão de balança de precisão e demais materiais utilizados no preparo das drogas, implicam, sem dúvida, o afastamento do redutor, pois evidenciam a dedicação às atividades criminosas.

Assim, tendo havido fundamentação concreta, pelo Tribunal local, para não aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, concluo que, para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que o paciente não se dedica às atividades criminosas, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução probatória, o que, como cediço, é vedado na via estreita do *habeas corpus*, de cognição sumária.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO. INVIABILIDADE. NECESSIDADE DE INCURSÃO NA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). DEDICAÇÃO DOS CONDENADOS À ATIVIDADE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CRIMINOSA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO DEMONSTRADA EM FUNÇÃO DA QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGA APREENDIDA. MODIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PATAMAR DA REPRIMENDA SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

3. Os fundamentos utilizados pela Corte estadual para não aplicar ao caso concreto a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa, evidenciada sobretudo pelas circunstâncias do delito e pela quantidade de drogas apreendidas (33,7g de "maconha", distribuída em 18 embalagens), está em consonância com o entendimento desta Corte.

Ademais, para se acolher a tese de que o paciente não se dedica às atividades criminosas, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em habeas corpus.

(...)

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime inicial semiaberto. (HC 351.136/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 29/09/2016) - grifei.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS IDÔNEAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. MONTANTE DA PENA QUE NÃO ATENDE AO REQUISITO OBJETIVO PREVISTO NO INCISO I DO ART. 44 DO CP. REGIME INICIAL FECHADO. PRIMARIEDADE E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME SEMIABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

- Esta Corte Superior tem decidido que a quantidade, a variedade e a nocividade da droga, bem como as circunstâncias nas quais foi apreendida, são elementos que evidenciam a dedicação do réu à atividade criminosa e, em decorrência, podem embasar o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. *Precedentes.*

- **Hipótese em que o Tribunal de origem conferiu legalidade à manutenção do não reconhecimento do privilégio, ao fundamentar que a quantidade, a variedade e a nocividade dos entorpecentes apreendidos (68 porções de cocaína, com peso líquido de 22,3 g e 21 porções de maconha, com peso líquido de 27,3 g), aliadas às circunstâncias em que o delito ocorreu, em conhecido ponto de tráfico, e o fato de o paciente contar com o registro de processos em curso, permitem concluir que o acusado dedica-se às atividades criminosas. Modificar tal conclusão requer o revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus. *Precedentes.***

(...)

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto. (HC 362.619/SP, deste Relator, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 23/09/2016) - grifei.

Uma vez inalterada a pena corporal, pois mantido o não reconhecimento do tráfico privilegiado, fica prejudicado o pleito de substituição da pena corporal, uma vez que o montante da pena não atende ao requisito objetivo do art. 44, I, do Código Penal.

Quanto ao regime prisional, sabe-se que 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O regime de cumprimento de pena mais gravoso até pode ser estabelecido, mas, para tanto, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:

Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Nesse mesmo sentido, as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, *in verbis* :

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Na espécie, a despeito de a condenação ter sido à pena inferior a 8 anos de reclusão, o acórdão recorrido (fl. 376) destacou que, como a pena-base foi estabelecida acima do piso legal em razão da quantidade e nocividade das drogas apreendidas, há circunstância judicial desfavorável que torna possível a fixação do regime inicial fechado, consoante dispõe o art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

A propósito:

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. CONDENADO PRIMÁRIO, CUJA PENA SEJA SUPERIOR A 4 ANOS E NÃO EXCEDA A 8. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL SOPESADA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. OBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 3º DO CP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA.

1. Após a declaração incidental, pelo Supremo Tribunal Federal, do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, tem-se que ele não constitui fundamentação idônea a justificar a fixação do regime inicial fechado, haja vista que, para estabelecer o regime de cumprimento de pena, deve o magistrado avaliar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo art. 33 e parágrafos, do Código Penal.

2. Não há ilegalidade na fixação do regime inicial fechado ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente não reincidente, condenado a pena superior a 4 anos de reclusão e não excedente a 8 anos, com registro de circunstância judicial desfavorável sopesada na primeira fase da dosimetria (grande quantidade de cocaína).

3. À luz do art. 33, § 3º, do CP e da fundamentação global da sentença - que deve se analisada como um todo e não por capítulos - encontra-se justificada a fixação do regime inicial mais gravoso.

4. Writ não conhecido. (HC n. 228.963/SP, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 16/4/2015, DJe 27/4/2015) - grifei.

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

(...)

REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME. MODO MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. ELEVADA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.

1. A teor da jurisprudência reiterada deste Sodalício, a escolha do regime inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao quantum da pena corporal firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso versado.

2. Na espécie, a quantidade e a natureza das drogas apreendidas justificam a imposição do regime prisional mais severo. Precedentes.

3. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena-base ao mínimo legal, sem reflexo, contudo, na reprimenda final. (HC 340.991/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 08/06/2016) - grifei.

Ante o exposto, inexistindo coação ilegal a ser reconhecida *ex officio* por esta Corte, **não conheço** do *habeas corpus*, pois manifestamente incabível na espécie.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0236556-7

HC 370.363 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00337422120098210008 0822090003741 337422120098210008 65309100506
70053139374 822090003741

EM MESA

JULGADO: 25/10/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

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 DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE	: MOISES SILVA PEIXOTO
PACIENTE	: MAGNUS MARCELO MACHADO GONCALVES

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.