



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 341.815 - SP (2015/0296507-9)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : JOSE LUIZ MANSUR JUNIOR E OUTRO
ADVOGADO : JOSÉ LUIZ MANSUR JÚNIOR E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIS OTAVIO ADÃO DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06). DEDICAÇÃO DO RÉU À ATIVIDADE CRIMINOSA. QUANTIDADE DE DROGA. REGIME FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. QUANTIDADE, DIVERSIDADE E NATUREZA DA DROGA (ART. 42 DA LEI N. 11.343/06). *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. Os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias 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 pela quantidade e variedade de drogas apreendidas, está em consonância com o entendimento desta Corte.

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

3. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal - CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo. A propósito, o Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, que prevê: "*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.*"

No mesmo sentido são os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam: "*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.*"

No caso dos autos, o julgador de primeiro grau fixou a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena-base acima do mínimo legal, tendo em vista as circunstâncias judiciais desfavoráveis presentes na hipótese. Não olvidando que a reprimenda corporal tenha sido estabelecida em patamar inferior a 8 anos de reclusão, estabeleceu o regime inicial fechado, a partir de motivação concreta extraída dos autos, qual seja, a quantidade da droga apreendida (201 microtubos contendo "crack", 7 porções de "maconha", 29 microtubos contendo cocaína), que evidencia a maior ousadia e periculosidade do paciente, exatamente em conformidade com o disposto nos arts. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal, e 42 da Lei n. 11.343/06.

Habeas corpus não conhecido.

ACÓRDÃO

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

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

Brasília (DF), 07 de junho de 2016(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 341.815 - SP (2015/0296507-9)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
IMPETRANTE : JOSE LUIZ MANSUR JUNIOR E OUTRO
ADVOGADO : JOSÉ LUIZ MANSUR JÚNIOR E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIS OTAVIO ADÃO DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de LUIS OTAVIO ADÃO DOS SANTOS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0008967-84.2014.8.26.0344.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 (tráfico de drogas).

Em apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso, em acórdão assim ementado:

Tráfico de drogas - Condenação - Recurso defensivo buscando a absolvição por insuficiência probatória e, subsidiariamente, a redução máxima prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, bem como, regime prisional aberto- Provas isentas e incriminadoras baseadas nos depoimentos sinceros dos Policiais Militares - Crime de perigo abstrato Não se exige que o infrator seja flagrado no próprio ato de venda da mercadoria proibida Pena criteriosamente dosada e bem justificada - A expressiva quantidade de substância entorpecente apreendida justifica o aumento da pena base - Impossibilidade de aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 Contexto probatório demonstra que o réu dedicava à atividade criminosa - Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos - Regime inicial fechado para cumprimento da pena ante a necessidade de atendimento aos princípios da suficiência e reprovabilidade da grave conduta criminosa, de quem tem personalidade deturpada e coloca em risco à ordem social - Apelo improvido (fls. 19).

Daí o presente *writ*, no qual o impetrante ressalta que as circunstâncias judiciais favoráveis foram desconsideradas pelas instâncias ordinárias, quando concluíram que o paciente se dedicava à atividade criminosa, vedando a aplicação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

causa redutora de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06.

Alega que a gravidade abstrata do delito não pode ser utilizada para fundamentar imposição de regime mais gravoso, conforme entendimento jurisprudencial estabelecido nas Súmulas 718 e 719 do STF e, ainda, na Súmula 440 do STJ.

Requer, assim, em liminar e no mérito, a aplicação da minorante prevista no § 4º da Lei de Drogas, bem como a fixação de regime inicial mais brando.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 30/31), e o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem de ofício, tão somente para que seja fixado regime inicial de cumprimento de pena menos gravoso (fls. 38/45).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 341.815 - SP (2015/0296507-9)

VOTO

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

Por tratar-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, a aplicação da causa redutora prevista no § 4º da Lei n. 11.343/06 e a fixação de regime inicial mais brando que o fechado.

O paciente foi preso em flagrante na posse de 201 microtubos contendo "crack", 7 porções de "maconha", 29 microtubos contendo cocaína, além de R\$ 334,60 (trezentos e trinta e quatro reais e sessenta centavos) e dois aparelhos celulares, no qual foram constatadas mensagens sugestivas ao tráfico. Diante disso, foi condenado por tráfico de drogas, tendo o magistrado de primeiro grau aplicado a pena nos seguintes termos:

*Atento ao disposto nos artigos 59 e 60 do Código Penal e 42e 43 da Lei 11.343/06, que determinam seja considerado, **na fixação das penas, a natureza e a quantidade da substância, a personalidade e a conduta social do agente, fixo a pena base 1/3 acima do mínimo legal, em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa, em face da grande quantidade de droga apreendida (201 microtubos de crack e 7 porções de maconha), sua variedade, e também diante da natureza de um dos entorpecentes apreendidos (crack), que é uma das substâncias entorpecentes mais nocivas que existem, por causar ao usuário rápida dependência química e efeito devastador à própria saúde e à sociedade.***

Verifica-se que o acusado era menor de vinte e um anos na data dos fatos (art. 65,1, CP), motivo pelo reduzo as penas em 1/6, alcançando 05 (cinco)anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 555 (quinhentos e cinquenta e cinco) dias-multa.

Não há como se aplicar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, a despeito de ser primário, porque, diante da grande quantidade de droga encontrada em seu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

poder, certamente se dedica às atividades criminosas do tráfico, integrando organização criminosa, notadamente porque ele próprio declarou estar desempregado, não merecendo, portanto, ser brandamente apenado.

Não havendo outras causas de aumento ou de diminuição de pena a serem reconhecidas, torno definitivas as penas fixadas.

[...]

Fixo o regime inicial fechado para o cumprimento da pena. O regime inicial fechado é o único adequado para a reprovação e prevenção de crimes desta natureza, nos termos do artigo 33, § 2º, "a", c.c. artigo 33, § 3º, do Código Penal, ainda que seus autores sejam primários e independentemente do montante da pena imposta, em razão das graves conseqüências deste tipo de delito, nefasto à saúde pública e à sociedade, e responsável pela destruturação de muitas famílias e pela prática de diversos crimes contra o patrimônio. Ademais, trata-se de crime equiparado a hediondo. Assim, tendo em vista o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464, de 28/março/2007, a fixação do regime inicial fechado é de rigor (fls. 15/17).

A Corte estadual, em apelação da defesa, asseverou:

A pena não merece reparo. A base foi corretamente fixada em 1/3 acima do mínimo legal, ou seja, 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, bem como pagamento de 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias- multa, nos termos do art. 42 da Lei nº 11.343/06, a qual, na fase seguinte, foi reduzida de 1/6 pela incidência da atenuante da menoridade relativa, resultando definitiva a condenação em 05 (cinco) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 555 (quinhentos e cinquenta e cinco) dias-multa.

Ao contrário do que alega a ilustre Defesa, foi acertada a não aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06. A conduta aqui apurada visava à obtenção de lucro fácil, mediante procedimento delituoso, consistente na execrável mercancia de drogas ilícitas. O fato de ter sido apreendida razoável quantidade e variedade de drogas, bem como de dinheiro, em local conhecido como ponto do comércio ilícito, indica que o réu fazia do tráfico meio de vida, não se tratando de traficante ocasional, até mesmo porque não se comprovou ocupação lícita (fls. 34), razão que impede a aplicação da benesse legal.

Tem-se que, pela leitura do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, a sua aplicação exige a concomitância dos requisitos ali elencados, não se podendo adotar, por consequência, apenas uma das hipóteses como suficiente à concessão da benesse legal.

[...]

O regime inicial de cumprimento da pena deve ser o fechado, porquanto atende ao critério da suficiência e reprovabilidade na apenação. O tráfico de drogas é comparado a crime hediondo, o que enseja a aplicação, inicialmente, de um



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime mais severo, mostrando à sociedade a eficaz repressão a esse tipo de delito.

Não é só. Quem enverada para prática desse tipo de criminalidade, indistintamente tem personalidade deturpada, causadora de risco à ordem pública (fls. 24/26).

Os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias 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 às atividades criminosas, evidenciada sobretudo pela quantidade e variedade de drogas apreendidas, está em consonância com o entendimento desta Corte.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTOS VÁLIDOS PARA A MODULAÇÃO DO ÍNDICE DE REDUÇÃO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS. CRITÉRIO IDÔNEO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

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

2. Segundo reiterada jurisprudência dos Tribunais Superiores, a quantidade e a natureza da droga apreendida podem ser sopesadas na definição do índice de redução da pena pela incidência do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 ou, até mesmo, no impedimento da aplicação da referida minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. Precedentes.

3. No caso, o Juiz sentenciante, dentro do critério de discricionariedade vinculada do julgador na individualização da pena, reduziu a pena em 1/6, com fundamento na variedade e natureza das drogas apreendidas - 22 pinos de cocaína (15g) e 26 papelotes de maconha (51,8g) -, o que não se mostra desproporcional.

4. Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, o julgador deve observar os critérios dos arts. 33 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. *Habeas corpus* não conhecido (HC 296.067/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 10/05/2016).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. INTEGRAÇÃO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME INICIAL FECHADO.

I - No caso dos autos, a expressiva quantidade de drogas apreendidas - 1 kg (um quilo) aproximadamente de maconha -, além de outros elementos obtidos no decorrer das investigações, justificam o afastamento da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, eis que há indicativo, segundo a eg. Corte de origem, de que o recorrente se "dedica a atividades criminosas" (Precedentes).

II Assim, na espécie, a quantidade de entorpecente foi valorada para afastar a incidência da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Sendo desfavorável, portanto, a referida circunstância (art. 42 da Lei nº 11.343/2006), considerada a quantidade da pena imposta, revela-se correta a fixação do regime fechado para o início de cumprimento da reprimenda. (Precedentes).

Agravo Regimental desprovido (AgRg no REsp 1492143/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 26/02/2016).

Nesse ponto, ressalto que, quando a quantidade de drogas demonstra a dedicação do paciente à atividade criminosa e afasta a causa redutora, mesmo que tenha sido utilizada para majorar a pena-base, não configura *bis in idem*, conforme se verifica nos julgados desta Quinta Turma:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. PENA-BASE E AFASTAMENTO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. SÚM. 7/STJ.

1. Não há que se falar em bis in idem quando a quantidade de droga é usada para majorar a pena-base e para afastar a incidência da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, por não preencher o recorrente os requisitos legais à concessão da benesse.

2. O Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de ser inviável aferir em recurso especial se o acusado dedica-se ou não à atividade criminosa, em face do óbice da Súmula n. 7/STJ.

3. Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1497973/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 01/12/2015).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. NATUREZA E QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INOCORRÊNCIA. PRÁTICA DE ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

[...]

4. Hipótese em que o Tribunal de origem justificou o quantum de exasperação da pena-base, em razão da quantidade e da natureza das drogas apreendidas (30 buchas de maconha, 2,286kg de pasta base para cocaína, 599g de maconha, 18g de farelo de crack e maconha, 28g de crack). Descabe falar em flagrante constrangimento ilegal a ser sanado, porque a fixação da fração fundou-se em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador.

5. Para a 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 a 2/3, a depender das circunstâncias do caso concreto.

6. Quando a expressiva quantidade de droga encontrada em poder do paciente é considerada para exasperar a pena-base e afastar a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 por denotar que o réu se dedicava às atividades criminosas, isso não significa que tenha havido bis in idem na dosimetria penal, porquanto o paradigma pretoriano preocupou-se em evitar a dupla valoração da quantidade de entorpecentes na exasperação da pena-base e no dimensionamento, na modulação ou na definição do patamar daquela causa de diminuição, situação aqui não verificada, já que tal circunstância não serviu para dosar o quantum de incidência da minorante, mas para deixar de reconhecer a figura do tráfico privilegiado.

7. No caso, o Tribunal a quo afastou a incidência da minorante por entender que a paciente se dedicava à atividade criminosa, diante da quantidade de drogas apreendidas e da confissão de que realizava a traficância há 1 ano.

8. A diversidade de entorpecentes justifica a fixação de regime mais severo, nos termos dos arts. 33 e 59 do Código Penal, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

9. Habeas corpus não conhecido (HC 344.032/ES, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 15/03/2016).

Ademais, para se acolher a tese de que o paciente não se dedica à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atividades criminosas, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em sede de *habeas corpus*. Confira-se, a propósito, o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. QUALIFICAÇÃO DE TESTEMUNHA MANTIDA SOB SIGILO, PERMITIDA SUA DIVULGAÇÃO APENAS AO ADVOGADO DOS ACUSADOS, JUIZ E PROMOTOR. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. CONDENAÇÃO BASEADA EM OUTRAS PROVAS, COLHIDAS SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PENA MAIOR QUE QUATRO ANOS. HABEAS CORPUS DENEGADO.

[...]

3. Inaplicável a causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006 na hipótese, na medida em que, conforme consignado pela sentença condenatória, mantida pelo acórdão de apelação impugnado, o Paciente não preenche os requisitos legais, tendo em vista se dedicar à atividade criminosa. E, não é possível, na estreita via do habeas corpus, rever a conclusão exarada pela instância ordinária, por demandar incabível reexame do conjunto fático-probatório. Precedentes.

[...]

5. *Habeas corpus denegado* (HC 206.142/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 23/4/2013).

Com relação ao regime inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade, entendo que a decisão do magistrado singular está devidamente fundamentada.

É firme neste Tribunal a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. Nesse sentido, foi elaborado o Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, que prevê:

Súmula 440/STJ - "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".

No mesmo sentido, são os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

No caso dos autos, o fragmento da decisão monocrática acima transcrito revela que o julgador de primeiro grau fixou a pena-base acima do mínimo legal, tendo em vista as circunstâncias judiciais desfavoráveis presentes na hipótese. Não olvidando que a reprimenda corporal tenha sido estabelecida em patamar inferior a 8 anos de reclusão, estabeleceu o regime inicial fechado, a partir de motivação concreta extraída dos autos, qual seja, a quantidade da droga apreendida (201 microtubos contendo "crack", 7 porções de "maconha", 29 microtubos contendo cocaína), que evidencia a maior ousadia e periculosidade do paciente, exatamente em conformidade com o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei n. 11.343/06.

Inaplicável, portanto, os enunciados n. 440 do STJ e n. 718 do STF.

A propósito, confirmam-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE CONSIDERÁVEL DA DROGA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM QUE O PACIENTE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL FECHADO. HEDIONDEZ DO CRIME. FUNDAMENTO INIDÔNEO. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE ENSEJAM A NECESSIDADE DO REGIME MAIS GRAVOSO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- Não há bis in idem quando o Tribunal a quo fixa a pena-base acima do mínimo em razão da quantidade e natureza da droga apreendida e afasta o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa, que restou evidenciada pela quantidade e nocividade da droga apreendida (109 porções de cocaína e 106 porções de crack) e pelas circunstâncias



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em que ocorreram o delito.

- 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 com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas 440/STJ e 718/STF.**

- **No caso, considerando-se que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em razão da quantidade e nocividade da droga apreendida, há circunstância concreta que recomenda o regime mais gravoso, para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.**

- Habeas corpus não conhecido (HC 321.684/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 30/03/2016).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA DO ARTIGOS 33, §2º E §3º, DO CÓDIGO PENAL E 42 DA LEI N. 11.343/2006. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

III - No caso concreto, as instâncias ordinárias negaram a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.434/2006 ao fundamento de que a paciente se dedicaria à atividades criminosas. Rever tal entendimento exigiria dilação fático-probatória, o que encontra óbice na estreita via do habeas corpus.

IV - O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 - com redação dada pela Lei nº 11.464/07. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

V - In casu, fixada a pena-base acima do mínimo legal, porque presente circunstância judicial desfavorável, mostra-se adequada a aplicação do regime inicial mais gravoso (no caso, o fechado), à paciente, condenada à pena inferior a 8 (oito) anos, primária, ostentando condições judiciais desfavoráveis, nos termos da interpretação conjunta dos arts. 59



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e 33, §§ 2º e 3º, ambos do Código Penal e art. 42 da Lei 11.343/2006, o que afasta a alegação de qualquer ilegalidade.

Habeas corpus não conhecido, revogada a liminar anteriormente deferida (HC 340.833/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 28/03/2016).

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer do presente *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0296507-9

HC 341.815 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00089678420148260344 20150000819962 89678420148260344

EM MESA

JULGADO: 07/06/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JOSE LUIZ MANSUR JUNIOR E OUTRO
ADVOGADO : JOSÉ LUIZ MANSUR JÚNIOR E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIS OTAVIO ADÃO DOS SANTOS (PRESO)

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

CERTIDÃO

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

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

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