



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 401.235 - SP (2017/0123009-7)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DIOGO DE PAULA PAPEL E OUTRO
ADVOGADOS : MARIO MARCIO COVACEVICK - SP246476
DIOGO DE PAULA PAPEL - SP345748
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEONARDO PEGO BORGES (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICAVA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, III, DA LEI N.º 11.343/06. MANIFESTA ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. DELITO COMETIDO NAS IMEDIAÇÕES DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO. COMPROVAÇÃO DE MERCANCIA NO REFERIDO LOCAL. DESNECESSIDADE. PROXIMIDADE. SUFICIÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL OCORRÊNCIA. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Concluído pela Corte 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*.

2. Para a incidência da majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006 é desnecessária a efetiva comprovação de mercancia nos referidos locais, sendo suficiente que a prática ilícita tenha ocorrido em locais próximos, ou seja, nas imediações de tais estabelecimentos, diante da exposição de pessoas ao risco inerente à atividade criminosa da narcotraficância. Na espécie, o paciente foi flagrado praticando condutas descritas no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 nas imediações de estabelecimento de ensino, restando plenamente justificada a aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas.

3. 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 e 10 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

4. A Corte de origem não logrou motivar de maneira idônea a imposição do regime inicial fechado, porquanto não declinou motivação suficiente para o regime inicial mais gravoso. Ora, fixada a pena-base no mínimo legal, sendo a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reprimenda final 5 anos e 10 meses de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial semiaberto, a teor do disposto no art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal.

5. *Habeas corpus* parcialmente concedido a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda corporal imposta ao paciente.

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 e Nefi Cordeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro.

Brasília, 05 de outubro de 2017(Data do julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 401.235 - SP (2017/0123009-7)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DIOGO DE PAULA PAPEL E OUTRO
ADVOGADOS : MARIO MARCIO COVACEVICK - SP246476
DIOGO DE PAULA PAPEL - SP345748
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEONARDO PEGO BORGES (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de LEONARDO PEGO BORGES, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n.º 0002712-71.2014.8.26.0066).

Depreende-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante, juntamente com outros, no dia 18.4.2014, e denunciado, por suposta infração ao disposto no art. 33, *caput*, c.c. o art. 40, inciso III, ambos da Lei n.º 11.343/06 e art. 12, *caput*, da Lei n.º 10.826/03 - Processo n.º 0002712-71.2014.8.26.0066, da 1.ª Vara Criminal da Comarca de Barretos/SP.

Ao final da instrução criminal, em 15.10.2014, o paciente foi condenado, por tráfico de drogas - com o reconhecimento da causa de diminuição e afastada a de aumento -, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 166 dias-multa. Foi-lhe possibilitado o apelo em liberdade. Confirmam-se os seguintes excertos do édito condenatório:

(...)

LEONARDO PEGO BORGES

Nos termos do artigo 42, da Lei n.º 11.343/2006 e artigo 59 do Código Penal, apesar da relevante quantidade e variedade de droga, verifica-se que o réu é primário e de pouca idade, de modo que fixo a pena no mínimo legal em 05 (cinco) anos de reclusão e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa. Embora presente a circunstância atenuante consistente na menoridade de 21 anos na data dos fatos (fls. 25), esta deixa de ter incidência, com fulcro na Súmula 231 do STJ, uma vez que a pena base já foi fixada no mínimo legal. Pelos elementos dos autos, não restou comprovada a dedicação a atividade criminosa ou ser o réu integrante de organização criminosa, a determinar a diminuição da pena em 2/3 (dois terços), aplicando-se o disposto no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, tornando-se a pena definitiva em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, ausentes outras circunstâncias ou causas de aumento ou diminuição.

A pena deverá ser cumprida em regime inicial fechado, em razão da natureza do crime, equiparado a hediondo, bem como pela necessidade de enfrentamento da crescente mercancia proscrita em Barretos, mostrando-se insuficiente a fixação de regime inicial mais brando, observando-se que a polícia detinha informações de que o réu vinha se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aventurando anteriormente à prática do tráfico, ora constatado. Pelos mesmos motivos não há se falar em substituição da pena corporal por pena restritiva de direitos ou suspensão de sua execução.

O valor da diária do dia-multa deve ser fixado no valor unitário mínimo, nos termos do artigo 43, 'caput', da Lei nº 11.343/2006, considerando-se a situação econômica do réu, conforme elementos extraídos dos autos.

(...)

Quanto aos demais réus LEONARDO, LUIZ ALBERTO e VIVIANE, tendo em vista o tempo de prisão provisória e a pena ora cominada, defiro eventual recurso em liberdade, expedindo-se alvará de soltura clausulado.

(...) (fls. 214/217).

Inconformados, o *Parquet* e a Defesa interpuseram recurso de apelação. O Tribunal de origem negou provimento ao recurso defensivo e deu provimento ao apelo ministerial, a fim de majorar a sanção imposta, afastando a causa de diminuição de pena e reconhecendo a de aumento, redimensionando a reprimenda para 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 583 dias-multa, nos seguintes termos:

(...)

Na primeira fase do cálculo, em atenção aos critérios norteadores do artigo 59, do Código Penal, e do artigo 42 da Lei de Drogas, as penas dos corréus Viviane, Leonardo e Luiz Alberto foram corretamente aplicadas no mínimo legal de 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no piso legal. Em relação ao acusado Bruno, a pena foi corretamente majorada na fração de 1/6 (um sexto), pois o digno Magistrado sentenciante bem fundamentou o referido aumento em razão da grande quantidade e variedade de drogas que detinha em seu poder, além de ser o responsável por arregimentar os demais acusados, motivo pelo qual sua pena ficou estabelecida em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no piso legal.

(...)

Na segunda fase, as penas de Luiz Alberto e Viviane não sofreram alteração, ante a ausência de agravantes e de atenuantes.

Em relação ao acusado Leonardo, embora presente a atenuante da menoridade, não houve reflexo na pena. Ressalto que não é possível a redução da pena aquém do patamar mínimo, em virtude da aplicação de circunstâncias atenuantes, consoante orientação emanada da Súmula nº 231 do STJ. De fato, as circunstâncias atenuantes previstas no artigo 65 do Código Penal, ao contrário das causas de diminuição de pena, não integram o tipo penal, sendo, por isso, genéricas. Daí por que, ao reconhecê-las, é vedado ao Juiz abrandar a reprimenda aquém do piso mínimo previsto pelo legislador.

Por outro lado, em razão da presença da atenuante da confissão espontânea para o acusado Bruno, sua pena foi reduzida para o mínimo legal de 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no unitário mínimo, nesta fase.

Na derradeira etapa, **tendo em vista o reconhecimento da majorante prevista no artigo 40, inciso III, da Lei de Drogas, aumento a**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reprimenda de todos os acusados na fração de 1/6 (um sexto), na medida em que, como já acentuado, as provas dos autos não deixam dúvidas de que os réus traficavam nas imediações de estabelecimento de ensino.

Ainda nesta fase, deve ser afastado o benefício previsto no artigo § 4.º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, como pleiteado pelo d. membro do *Parquet* em suas razões de recurso, para os acusados Leonardo e Viviane (proprietários do imóvel onde as drogas eram embaladas e comercializadas), porquanto as circunstâncias do caso em comento, em especial a natureza e variedade de drogas apreendidas, além de outros objetos comumente utilizados para a traficância e o fato de o réu Leonardo ser inclusive conhecido pelos moradores do local como traficante, como bem esclareceram os policiais, constituem indícios sérios de envolvimento com a criminalidade. De fato, comprovada pelas provas dos autos a dedicação dos réus à atividade criminosa, tendo em vista, principalmente, as circunstâncias da prisão e a natureza e variedade das drogas apreendidas — pequena porção de 'maconha' e 39 (trinta e nove) 'eppendorfs' contendo 'cocaína' — droga esta última de maior incidência, atualmente, causadora de dependência química rápida e danos irreversíveis -, resta inviabilizado o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06. Ora, a benesse em questão tem por objetivo favorecer somente o traficante eventual, de 'primeira viagem', e não aqueles que estão inseridos em atividade criminosa, efetivamente comprometidos com o tráfico e que fazem do comércio de drogas o seu meio de vida, como, certamente, é o caso dos acusados. Registre-se, ademais, por oportuno, que na aplicação do preceito o Juiz deve levar em conta, também, a culpabilidade do agente e as circunstâncias do delito, sem o que estará violando o princípio da individualização da pena, e no caso vertente os acusados, conquanto primários, indiscutivelmente, demonstram acentuada periculosidade. Vale considerar, ainda, que a pena do tipo é a que consta do artigo 33, *caput*, sendo a figura do § 4º de aplicação excepcional, por técnica legislativa e política criminal, que, como já acentuado, não tem aplicação na espécie dos autos.

(...)

Assim, as penas dos acusados Bruno Henrique Pego Borges, Leonardo Pego Borges e Viviane Regina Alvim ficam estabelecidas definitivamente em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no piso legal.

Por outro lado, mantenho a redução da pena com base no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06 para o corréu Luiz Alberto, contudo, como bem ressaltou o i. membro do Ministério Público, a redução deve se limitar ao patamar mínimo - de 1/6 (um sexto), e não como constou no *decisum*, na fração de 2/3 (dois terços). De fato, a meu ver, a fração 1/6 (um sexto) mostra-se mais razoável e se ajusta perfeitamente ao caso em questão, tendo em vista a quantidade e variedade de drogas apreendidas, além de certa quantia em dinheiro, bem como as outras circunstâncias já indicadas. Assim, a pena do acusado Luiz Alberto fica estabelecida em definitivo em 04 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de 485 (quatrocentos e oitenta e cinco) dias-multa, no piso legal.

Por outro lado, **não há que se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois, a despeito da atual orientação jurisprudencial acerca da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade no crime de tráfico de drogas, no caso em foco a quantidade de penas agora aplicadas impede a concessão do benefício, ausente o requisito objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal. Além disso, as circunstâncias em que se deram os fatos indicam que a benesse não seria suficiente à repreensão do delito praticado pelos réus. A apreensão de considerável quantidade e variedade de entorpecentes, que fazem parte das circunstâncias do delito, e, no caso, são desfavoráveis aos réus, demonstram que não estão presentes os requisitos subjetivos previstos no artigo 44, inciso III, do Código Penal.**

(...)

Por fim, **mantenho o regime mais gravoso para os corréus Leonardo e Bruno Henrique, não somente porque decorre de disposição legal expressa, mas, também, porque os fatos apurados no presente processo demonstram que o regime fechado é o que convém, efetivamente, como resposta adequada à reprovação e prevenção da conduta praticada pelos acusados, como bem esclareceu o digno Magistrado *a quo*.**

(...) (fls. 73/79).

No presente *mandamus*, os impetrantes alegam que a causa de diminuição de pena incide na espécie, tal qual reconhecido pelo juiz sentenciante.

Defendem que a pena-base foi fixada no patamar do mínimo legal, não tendo o condão de afastar a benesse as circunstâncias da prisão, nem a natureza e a variedade das drogas apreendidas.

Ademais, ponderam que para um corréu foi reconhecida a minorante, embora a exordial acusatória descrevesse idênticas condições subjetivas favoráveis.

Invocam os princípios da isonomia, da dignidade da pessoa humana e da individualização da pena - que não pode ser empregado em prejuízo ao condenado.

Apontam que deve incidir a causa de diminuição no patamar reduzido na sentença ou, ao menos, em 1/6 (um sexto), *quantum* de redução para o corréu.

Asseveram que deve ser afastada a causa de aumento do artigo 40, inciso III, da Lei de Drogas pois os acusados foram surpreendidos em uma residência, não visando, ainda que eventualmente, o local listado no citado dispositivo legal - estabelecimento de ensino.

Sustentam ser imperiosa a estipulação de regime menos gravoso, pois o acusado é primário, possuidor de bons antecedentes, residência fixa e labor lícito, sendo a pena-base fixada no mínimo legal e o *quantum* final em patamar inferior a seis anos de reclusão.

Requerem, liminarmente, a fixação do regime inicial semiaberto até o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

juízo de julgamento final do *writ*. No mérito, pugnam pelo reconhecimento da causa de diminuição de pena; pelo afastamento da majorante prevista no artigo 40, inciso III, da Lei de Drogas; e pela estipulação do regime inicial menos gravoso, com a substituição da reprimenda reclusiva do paciente por restritivas de direitos, se for o caso.

A liminar foi indeferida às fls. 85/90.

Foram prestadas informações às fls. 92/139, 141/220 e 223/302.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Mário Pimentel Albuquerque, pela denegação da ordem (fls. 303/307).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 401.235 - SP (2017/0123009-7)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICAVA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, III, DA LEI N.º 11.343/06. MANIFESTA ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. DELITO COMETIDO NAS IMEDIAÇÕES DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO. COMPROVAÇÃO DE MERCANCIA NO REFERIDO LOCAL. DESNECESSIDADE. PROXIMIDADE. SUFICIÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL OCORRÊNCIA. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Concluído pela Corte 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*.

2. Para a incidência da majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006 é desnecessária a efetiva comprovação de mercancia nos referidos locais, sendo suficiente que a prática ilícita tenha ocorrido em locais próximos, ou seja, nas imediações de tais estabelecimentos, diante da exposição de pessoas ao risco inerente à atividade criminosa da narcotraficância. Na espécie, o paciente foi flagrado praticando condutas descritas no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 nas imediações de estabelecimento de ensino, restando plenamente justificada a aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas.

3. 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 e 10 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

4. A Corte de origem não logrou motivar de maneira idônea a imposição do regime inicial fechado, porquanto não declinou motivação suficiente para o regime inicial mais gravoso. Ora, fixada a pena-base no mínimo legal, sendo a reprimenda final 5 anos e 10 meses de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial semiaberto, a teor do disposto no art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal.

5. *Habeas corpus* parcialmente concedido a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda corporal imposta ao paciente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Busca-se, por meio da presente impetração, a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

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 criminosas.

Para melhor deslinde da controvérsia, confira-se excerto do acórdão proferido em sede de apelação:

(...) deve ser afastado o benefício previsto no artigo § 4.º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, como pleiteado pelo d. membro do Parquet em suas razões de recurso, para os acusados Leonardo e Viviane (proprietários do imóvel onde as drogas eram embaladas e comercializadas), porquanto as circunstâncias do caso em comento, em especial a natureza e variedade de drogas apreendidas, além de outros objetos comumente utilizados para a traficância e o fato de o réu Leonardo ser inclusive conhecido pelos moradores do local como traficante, como bem esclareceram os policiais, constituem indícios sérios de envolvimento com a criminalidade. De fato, comprovada pelas provas dos autos a dedicação dos réus à atividade criminosa, tendo em vista, principalmente, as circunstâncias da prisão e a natureza e variedade das drogas apreendidas — pequena porção de 'maconha' e 39 (trinta e nove) 'eppendorfs' contendo 'cocaína' — droga esta última de maior incidência, atualmente, causadora de dependência química rápida e danos irreversíveis -, resta inviabilizado o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06. Ora, a benesse em questão tem por objetivo favorecer somente o traficante eventual, de 'primeira viagem', e não aqueles que estão inseridos em atividade criminosa, efetivamente comprometidos com o tráfico e que fazem do comércio de drogas o seu meio de vida, como, certamente, é o caso dos acusados. Registre-se, ademais, por oportuno, que na aplicação do preceito o Juiz deve levar em conta, também, a culpabilidade do agente e as circunstâncias do delito, sem o que estará violando o princípio da individualização da pena, e no caso vertente os acusados, conquanto primários, indiscutivelmente, demonstram acentuada periculosidade. Vale considerar, ainda, que a pena do tipo é a que consta do artigo 33, *caput*, sendo a figura do § 4º de aplicação excepcional, por técnica legislativa e política criminal, que, como já acentuado, não tem aplicação na espécie dos autos. (...) (fls. 75/76).

Verifica-se, dessarte, que o Tribunal de origem concluiu, com arrimo em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

elementos concretos dos autos, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, em especial o tráfico de drogas, o que não pode ser revisto sem o necessário revolvimento fático-probatório, inviável nesta sede, angusta por excelência. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. INVIABILIDADE DE INCIDÊNCIA DO REDUTOR. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. (...) HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

- A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que não há ilegalidade na negativa de aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 quando as circunstâncias do delito permitem aferir que o agente se dedica a atividades criminosas.

- No caso, extrai-se que o Tribunal a quo formou sua convicção com base nos elementos fáticos constantes dos autos para não aplicar a redutora do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, por entender que o paciente se dedicava à atividade criminosa, tendo em vista a variedade de droga apreendida (ecstasy, LSD e maconha), bem como as circunstâncias do delito - a quantia apreendida de R\$ 390,00 no seu veículo e, conforme fls. 489, foram encontrados um revólver calibre 38, uma espingarda calibre 12, uma carabina calibre 20, 14 cartuchos calibre 38, 8 cartuchos calibre 12, 4 cartuchos calibre 20 e 3 estojos calibre 20.

- Desconstituir tais assertivas demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via estreita do habeas corpus.

(...)

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 378.135/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 24/02/2017)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. MOTIVOS DIVERSOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. Não há falar em bis in idem na dosimetria da pena, haja vista que a exasperação da pena-base deu-se em razão da quantidade da substância entorpecente apreendida, e a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, por sua vez, foi negada por entender o Colegiado estadual, com base nas circunstâncias do caso concreto, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

motivos diversos, pois.

2. Concluído pelo Tribunal a quo, 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.

3. Devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado, com base nas circunstâncias do caso concreto, em especial a expressiva quantidade e a variedade das drogas apreendidas - 3.481, 89 g de cocaína acondicionadas em 5.696 sacos plásticos transparentes e 79,13 g de maconha acondicionadas em 42 sacos plásticos transparentes (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

4. Habeas corpus denegado.

(HC 384.720/RJ, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 24/02/2017)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. INADMISSÍVEL NA VIA ELEITA. (...) WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)

2. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

3. Concluído pela instância ordinária, com fulcro na quantidade e natureza da droga apreendida, assim como nos demais elementos colhidos na instrução, que o paciente se dedica habitualmente ao tráfico de entorpecentes, 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.

(...)

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 376.897/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017)

No mais, constata-se que o Colegiado estadual, com arrimo nas provas e fatos constantes dos autos, que a hipótese de incidência da majorante do art. 40, inciso III, da Lei Antidrogas restou plenamente caracterizada, porquanto o paciente teria sido flagrado praticando condutas descritas no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 nas imediações do estabelecimento de ensino (fl. 75).

Com efeito, eis o que consignou o Tribunal *a quo*:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...) merece ser aplicada a causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06, a qual tem caráter objetivo, bastando para sua incidência que o tráfico seja realizado nas proximidades dos locais ou estabelecimentos ali mencionados o que, *in casu*, restou comprovado pelo croqui acostado à fl. 102, que revela que o local dos fatos ficava nas imediações (70 metros) de onde se encontrava o "Projeto Educacional Futuro Certo", estabelecimento social do Bairro Santa Cecília (...) (fl. 72).

Dessarte, não há como proceder ao afastamento causa especial de aumento de pena. Isso porque a aplicação da majorante foi devidamente fundamentada, com fulcro nos elementos probatórios intrínsecos aos autos.

Outrossim, cumpre destacar que a causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso III, da Lei nº 11.343/2006 é aplicável se o crime tiver sido praticado nas dependências ou imediações dos locais designados no indigitado preceptivo legal. É dizer, a pena pode ser exasperada em razão da mera proximidade do lugar do cometimento do delito com os locais descritos no referido dispositivo legal.

A título ilustrativo, confira-se o que dispõe o dispositivo em comento, *in verbis* :

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

(...)

III - a infração tiver sido cometida **nas dependências ou imediações** de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;

Dessarte, ao contrário do que sustenta a impetrante, para a incidência da majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei nº 11.343/2006 não é necessária a efetiva comprovação de mercancia nos referidos locais, sendo suficiente que a prática ilícita tenha ocorrido em locais próximos, ou seja, nas imediações de tais estabelecimentos, diante da exposição de pessoas ao risco inerente à atividade criminosa da narcotraficância. Nesse diapasão, confirmam-se os seguintes precedentes desta Corte:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. MAJORANTE ART. 40, III DA LEI DE DROGAS. IMEDIAÇÕES. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA MERCANCIA COM FREQUENTADORES. ALTERAÇÃO DO CENÁRIO FÁTICO. SÚMULA 7/STJ. CAUSA DE DIMINUIÇÃO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. BIS IN IDEM. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DUPLA VALORAÇÃO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Este Superior Tribunal de Justiça tem posicionamento consolidado no sentido de que, para a incidência da majorante prevista no artigo 40, III, da Lei n. 11.343/2006, é suficiente que o crime tenha sido feito nas imediações dos locais especialmente protegidos, sendo, pois, desnecessário que a mercancia da droga envolva frequentadores destes locais.

(...)

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 1002953/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 23/05/2017, DJe 26/05/2017)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTO IDÔNEO. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA. REFORMATIO IN PEJUS. MAJORANTE DESCRITA NO ART. 40, III, DA LEI N. 11.343/2006. TRÁFICO COMETIDO NAS IMEDIAÇÕES DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONDENAÇÕES AINDA NÃO TRANSITADAS EM JULGADO. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO, DE OFÍCIO. SANÇÃO REDIMENSIONADA.

(...)

3. Para o reconhecimento da majorante prevista no inciso III do art. 40 da Lei de Drogas, não é necessária a comprovação da efetiva mercancia nos locais elencados na lei, tampouco que a substância entorpecente de fato atinja, diretamente, os estudantes, as pessoas hospitalizadas etc., sendo suficiente que a prática ilícita ocorra nas dependências, em locais próximos ou nas imediações de tais localidades.

4. Uma vez evidenciado que o tráfico de drogas perpetrado pelo paciente ocorreu nas proximidades de estabelecimento de ensino, deve ser mantida a incidência da causa especial de aumento de pena descrita no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006.

(...)

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)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, INCISO III, DA LEI N.º 11.343/06. AFASTAMENTO. INCURSÃO NA SEARA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NÃO CONHECIMENTO.

1. Para a incidência da majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006 é desnecessária a efetiva comprovação de mercancia nos referidos locais, ou mesmo de o comércio visava a atingir os estudantes, as pessoas hospitalizadas, sendo suficiente que a prática ilícita tenha ocorrido em locais próximos, ou seja, nas imediações de tais estabelecimentos, diante da exposição de pessoas ao risco inerente à atividade criminosa da narcotraficância. Na espécie, o paciente foi flagrado praticando condutas descritas no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/06 nas imediações dos estabelecimentos Unidade de Saúde da Família - Dr. Luís Spina e do CEMEI (Centro Municipal de Educação Infantil), restando plenamente justificada a aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas.

(...)

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 359.088/SP, de minha Relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 17/10/2016)

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 e 10 meses 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

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)

Outrossim, quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, mister transcrever trecho do aresto impugnado:

Por fim, mantenho o regime mais gravoso para os corréus Leonardo e Bruno Henrique, não somente porque decorre de disposição legal expressa, mas, também, porque os fatos apurados no presente processo demonstram



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que o regime fechado é o que convém, efetivamente, como resposta adequada à reprovação e prevenção da conduta praticada pelos acusados, como bem esclareceu o digno Magistrado *a quo* (fls. 78/79).

Na espécie, verifica-se que a Corte de origem não logrou motivar de maneira idônea a imposição do regime inicial fechado, porquanto não declinou motivação suficiente para o regime inicial mais gravoso. Tendo em vista que a Corte de origem deixou 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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 DESTE STJ 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 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 final da paciente igual a 5 anos e 10 meses de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea *b*, do Código Penal.

Ante do exposto, **concedo parcialmente a ordem**, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda corporal imposta ao paciente nos autos da Ação Penal n.º 0002712-71.2014.8.26.0066.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0123009-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 401.235 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00027127120148260066 20150000929075 27127120148260066

EM MESA

JULGADO: 05/10/2017

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DIOGO DE PAULA PAPEL E OUTRO
ADVOGADOS : MARIO MARCIO COVACEVICK - SP246476
DIOGO DE PAULA PAPEL - SP345748
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEONARDO PEGO BORGES (PRESO)
CORRÉU : VIVIANE REGINA ALVIM
CORRÉU : LUIZ ALBERTO LOPES
CORRÉU : BRUNO HENRIQUE PEGO BORGES

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 e Nefi Cordeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro.