



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 329.323 - RJ (2015/0161162-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : GILMAR OLIVEIRA CUSTODIO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. NATUREZA DA DROGA E CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUMENTO PROPORCIONAL. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. MANIFESTA ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. *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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.

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

3. Hipótese em que, ressalvada a quantia da droga apreendida, as instâncias antecedentes fixaram a pena-base em seis meses de reclusão acima do mínimo legal com amparo em motivação idônea, na medida em que foi considerada a natureza altamente lesiva da droga apreendida (cocaína), assim como "o fato de o "tráfico de substâncias entorpecentes estar sendo exercido, vinculado perigosa facção criminoso", não sendo, portanto, desproporcional o aumento operado a autorizar a intervenção excepcional desta Corte.

4. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, também o art. 42 da Lei de Drogas.

5. Estabelecida a pena definitiva em 5 anos e 6 meses de reclusão, o regime fechado (previsto como o imediatamente mais grave) é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, diante da aferição negativa das circunstâncias do delito na primeira fase da dosimetria. Precedentes.

6. *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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 06 de junho de 2017 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 329.323 - RJ (2015/0161162-1)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : GILMAR OLIVEIRA CUSTODIO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de **GILMAR OLIVEIRA CUSTÓDIO**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 550 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, porque trazia consigo e vendia 11 papелotes de cocaína, com auxílio de um menor.

Em grau recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo da defesa.

Neste *writ*, a impetrante alega manifesto constrangimento ilegal na dosimetria da pena, sob o argumento de que é desproporcional a exasperação da sanção inicial com fundamento na natureza da droga apreendida, quando trata-se da apreensão de apenas 6,2 gramas de cocaína. Afirma, ainda, que o "paciente foi detido em meio urbano, no centro da cidade, afastado de qualquer comunidade dominada ou sobre a influência de facção criminosa, desmontando a especulação que o mesmo exercia o tráfico de drogas ligado à facção criminosa". Sustenta, por fim, que, sendo primário e de bons antecedentes o paciente, o regime semiaberto é o cabível à espécie.

Requer, assim, a redução da pena-base ao mínimo legal, bem como a fixação do regime intermediário de cumprimento de pena.

Liminar indeferida (e-STJ, fls. 76-77).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da ordem (e-STJ, fls. 105-108).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 329.323 - RJ (2015/0161162-1)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : GILMAR OLIVEIRA CUSTODIO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. NATUREZA DA DROGA E CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUMENTO PROPORCIONAL. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. MANIFESTA ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. *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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.

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

3. Hipótese em que, ressalvada a quantia da droga apreendida, as instâncias antecedentes fixaram a pena-base em seis meses de reclusão acima do mínimo legal com amparo em motivação idônea, na medida em que foi considerada a natureza altamente lesiva da droga apreendida (cocaína), assim como "o fato de o "tráfico de substâncias entorpecentes estar sendo exercido, vinculado perigosa facção criminosa", não sendo, portanto, desproporcional o aumento operado a autorizar a intervenção excepcional desta Corte.

4. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, também o art. 42 da Lei de Drogas.

5. Estabelecida a pena definitiva em 5 anos e 6 meses de reclusão, o regime fechado (previsto como o imediatamente mais grave) é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, diante da aferição negativa das circunstâncias do delito na primeira fase da dosimetria. Precedentes.

6. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação de que não cabe



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Sob tal contexto, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesta ilegalidade que autorize a concessão da ordem, de ofício.

Na sentença, a pena-base foi exasperada sob a seguinte motivação:

Na primeira fase da fixação das penas, observa-se que o acusado é tecnicamente primário e não possui maus antecedentes, fato que em primeira análise, possibilitaria arbitramento da pena no mínimo legal. Deve ser verificado, porém, quantidade de substâncias entorpecentes encontradas e vendidas, sendo observado dinheiro apreendido, que deve ser considerada, como significativa.

Droga apreendida ser cocaína e, possuir grande poder lesivo, para saúde física e mental dos dependentes químicos. Quantidade de substância entorpecente, que colocada no mercado consumidor é capaz de atingir relevante quantidade de dependentes químicos. Tráfico de substâncias entorpecentes estar sendo exercido, vinculado perigosa facção criminosa. Tráfico na localidade ser armado e caracterizado por confrontos bélicos. Tráfico de drogas ser o crime que maiores danos geram para coletividade do Rio de Janeiro, causando verdadeira guerra urbana entre agentes de segurança pública e criminosos. Atividade do acusado buscar manter e fomentar a indústria do tráfico de drogas, em momento que as forças de segurança pública, buscam retomar área dominadas pelo tráfico, devolvendo a coletividade direitos básicos, tornando a conduta ainda mais reprovável. Fixo a pena base em 05 anos e 06 meses de reclusão e 550 dias multa.

O Tribunal de origem, por sua vez, ratificou a pena aplicada em primeiro grau pelos seguintes fundamentos:

A dosimetria, por sua vez, restou escoreita e bem fundamentada em todas as suas fases.

Não há que se falar em aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da lei de drogas, dada a dedicação à atividade criminosa. O réu não comprovou exercer atividade laborativa. Todo o acervo probatório conduz para a conclusão de que vivia da traficância, e ainda se utilizava da parceria de um menor de idade para cometer o ilícito.

Pouco crível que se fosse somente usuário, como alega, tenha ido comprar entorpecente em local distante de sua residência, já que segundo interrogatório o réu mora em local também conhecido pela venda de drogas.

Ademais, respondeu ao juiz que pediu para ficar no presídio em ala da facção Comando Vermelho, o que denota ao menos o conforto do apelante em se manter próximo dos meliantes.

Primeiramente, convém destacar que a individualização da pena, como atividade discricionária vinculada do julgador, será revista apenas nas hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, quando não observados os parâmetros estabelecidos na legislação de regência e o princípio da proporcionalidade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

No caso, da leitura do excerto, verifica-se que o Tribunal de origem fixou, motivadamente, a pena-base em seis meses de reclusão acima do mínimo legal, tendo como fundamento a quantidade/natureza da droga apreendida (6,1 g de cocaína), bem como o fato de o "tráfico de substâncias entorpecentes estar sendo exercido, vinculado perigosa facção criminoso".

Ressalvada a valoração negativa da quantidade de drogas, observa-se que houve a indicação de fundamentos idôneos para a majoração da pena inicial, pois trata-se da apreensão de substância altamente lesiva e as circunstâncias do delito comprovam a maior reprovabilidade do fato. Desse modo, levando-se em conta as penas máxima e mínima abstratamente cominadas ao delitos (5 a 15 anos/3 a 10 anos), e a preponderância na valoração da natureza da droga determinada por lei, não se mostra desproporcional o *quantum* de aumento, a fim de autorizar a intervenção excepcional desta Corte.

O Superior Tribunal de Justiça tem reiterados julgados de que o aumento da pena-base em seis meses pela valoração negativa da natureza da droga não é desproporcional.

Confira-se:

"[...]

2. Não há falar em *bis in idem* na dosimetria da pena, haja vista que a exasperação da pena-base deu-se em razão da natureza da substância entorpecente apreendida - cocaína -, ao passo que o quantum de redução na terceira etapa da dosimetria foi determinado em 1/2 (metade) em razão da quantidade do entorpecente apreendido - 9 porções de cocaína, pesando aproximadamente 3,20 g -, motivos diversos, pois.

[...] 6. É assente neste Tribunal Superior que para os casos em que o agente tenha sido condenado a pena inferior a quatro anos de reclusão (*in casu*, 2 anos, 1 mês e 20 dias de reclusão) e presentes circunstâncias judiciais desfavoráveis idôneas à elevação da pena-base acima do mínimo legal, aplica-se o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena, em observância ao artigo 33, parágrafos 2º e 3º, do Código Penal.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena imposta ao paciente para 2 anos, 1 mês e 20 dias de reclusão e 200 dias-multa.

(HC 362.559/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 12/09/2016).

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. NATUREZA DA DROGA (COCAÍNA). POSSIBILIDADE. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE INEXPRESSIVA. AUMENTO DESPROPORCIONAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉ QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. INAPLICABILIDADE. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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

3. Embora o Superior Tribunal de Justiça já tenha se manifestado que a aferição negativa da natureza da droga na primeira fase da dosimetria atende o critério estabelecido no art. 42 da Lei de Drogas, as particularidades do caso concreto, recomendam a readequação da pena inicial, sobretudo quando favoráveis as demais circunstâncias judiciais e verificada a ínfima quantia de droga apreendida - apenas 7 decigramas de cocaína -. Portanto, é suficiente o aumento da pena-base em seis meses de reclusão.

[...]

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena final pelo delito de tráfico para 5 anos e 6 meses de reclusão, mais 550 dias-multa.

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

Quanto ao regime inicial, também não assiste razão ao impetrante.

A obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e os a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenado por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

In casu, embora o paciente seja primário e a pena definitiva tenha sido estabelecida em 5 anos e 6 meses de reclusão, o regime fechado (previsto como o imediatamente mais grave, segundo o *quantum* da sanção aplicada) mostra-se adequado à espécie, haja vista a valoração desfavorável das circunstâncias do delito na primeira fase da dosimetria, nos termos da legislação de regência.

A propósito:

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA. PRIMARIEDADE. DETRAÇÃO. TEMAS NÃO ENFRENTADOS PELA CORTE DE ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONDENAÇÕES ANTERIORES. DECURSO DO PRAZO PREVISTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NO ART. 64, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. MAUS ANTECEDENTES. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. CIRCUNSTÂNCIAS QUE IMPEDEM A APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ADEQUAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA. REQUISITO OBJETIVO NÃO PREENCHIDO. NÃO CONHECIMENTO.
[...]

5. Devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial fechado, em razão da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e das circunstâncias do caso concreto, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

6. 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 6 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

7. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 354.928/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 12/09/2016).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0161162-1

HC 329.323 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01552729120148190001 1552729120148190001

EM MESA

JULGADO: 06/06/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	: GILMAR OLIVEIRA CUSTODIO

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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.