



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 357.151 - SP (2016/0134593-5)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GUSTAVO SAMUEL DA SILVA SANTOS - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DENER CORDEIRO DE OLIVEIRA

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). QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. DEDICAÇÃO DO RÉU À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME DE PROVAS. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. REGIME FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06 E ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL - CP. VEDAÇÃO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44, INCISO III, DO CP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *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 pela Corte Estadual para não aplicar ao caso concreto da 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 (4,59g de cocaína e 38,75g de "crack"), está em consonância com o entendimento desta Corte.

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

3. A quantidade e/ou natureza da droga apreendida é fundamentação idônea para justificar a fixação do regime prisional mais gravoso, bem como vedar a substituição da pena por restritiva de direitos.

In casu, encontra-se evidenciado o constrangimento ilegal na fixação do regime fechado pela Corte Estadual, pois, em razão das circunstâncias judiciais serem favoráveis (art. 59 do CP), da pena-base ter sido fixada no mínimo legal e a pena aplicada ser superior a 4 e inferior a 8 anos (art. 33, § 2º, alínea "b", do CP), caberia a fixação do regime inicial semiaberto ao paciente. Todavia, a quantidade e/ou natureza dos entorpecentes (art. 42 da Lei n. 11.343/06) é fundamentação idônea para justificar a imposição do regime inicial mais gravoso, no caso o fechado, bem como a não substituição da pena por medidas restritivas de direitos, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 e inciso III do art. 44, ambos do CP, e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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), 04 de agosto de 2016(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 357.151 - SP (2016/0134593-5)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GUSTAVO SAMUEL DA SILVA SANTOS - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DENER CORDEIRO DE OLIVEIRA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de DENER CORDEIRO DE OLIVEIRA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da apelação n. 0000371-38.2015.8.26.0066.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, inciso III, ambos da Lei n. 11.343/06 (tráfico de drogas).

Em sede de apelação, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso da defesa para reduzir a pena-base ao mínimo legal, resultando a reprimenda em 5 anos de reclusão, mantida a sentença nos demais pontos (fls. 26/33).

Daí o presente *writ*, no qual a defesa alega que o paciente é primário, possui bons antecedentes e não se dedica à atividade criminosa, fazendo jus à aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 em seu patamar máximo (2/3). Aduz, ainda, que o regime fechado e a vedação da substituição da pena por restritiva de direitos foram baseados em fundamentação inidônea, pautada na gravidade abstrata do delito.

Pugna, assim, em liminar e no mérito, pela aplicação da causa redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas em seu patamar máximo, pela fixação de regime mais brando e substituição da pena por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida (fls.36/37), as informações foram devidamente prestadas (fls. 48/50 e 51/64) e o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem, apenas para fixar o regime aberto para cumprimento de pena (fls. 68/75).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 357.151 - SP (2016/0134593-5)

VOTO

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

Por se tratar 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 do art. 33 da Lei de Drogas no patamar máximo (2/3), a fixação de regime prisional mais brando e substituição da pena por restritiva de direitos.

O paciente foi preso em flagrante, nas imediações de estabelecimento de ensino e de unidade de saúde, pois mantinha em depósito 4,59g de cocaína e 38,75g de "crack".

Diante disso, foi condenado por tráfico de drogas, tendo o magistrado de primeiro grau aplicado a pena nos seguintes termos:

Sopesados os critérios estabelecidos nos art. 59 e 60 do Código Penal e o artigo 42 da Lei nº 11.343/06, fixo a pena base majorada em 1/6 pela natureza da substância traficada. O réu utilizou-se de crack e cocaína no comércio de entorpecentes, sendo estas últimas substâncias que apresentam maior lesividade à estrutura físico orgânica e com maior e mais rápido grau de dependência. A atenuante da menoridade e da confissão permitem o retorno da pena ao patamar mínimo. Deixo de aplicar a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Primeiro porque se dedica ele a atividades criminosas, em específico, confessou a condenação por dois atos infracionais equiparados ao tráfico. Segundo tinha em seu poder aparelho HT utilizado pela polícia militar, o qual tem sido empregado pelos criminosos a interceptar a comunicação dos milicianos, a propiciar segurança na prática delitiva por eles perpetrada; observo que a teor do laudo pericial esse aparelho transceptor operava regularmente. L. terceiro porque o tráfico é delito inserido em uma cadeia de criminalidade, pois necessário é aliar-se a outros delinquentes para a obtenção do entorpecente, desde o local da produção até chegar ao pequeno traficante que vende no varejo. Assim, a experiência traz como raríssimo a hipótese do traficante a agir solitariamente, ou seja, como aquele que produz e posteriormente vende o entorpecente produzido. Em verdade, a grande maioria traz o traficante integrado a uma célula criminosa, numa cadeia necessária a consecução do objetivo comum, a disseminação da droga. Desta forma, reputo que o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acusado se dedica a atividades criminosas e ainda integra, mesmo que de forma indireta, uma organização criminosa, pelos vínculos necessários ao exercício do tráfico. Por conseguinte, incabível a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. O delito fora praticado nas imediações do estabelecimento de ensino "Escola Municipal Izadora Bevilacqua dc Souza" e do estabelecimento hospitalar "Unidade de Saúde Dr. Luis Spina" (conforme croqui de lis. 53), o que permite a exasperação da pena em 1/6. Assim, a pena é estabelecida em 05 anos c 10 meses e ao pagamento de 583 dias-multa. Ausentes outras causas modificativas. torno esta pena definitiva, consoante o sistema trifásico de aplicação. Posto isto. julgo PROCEDENTE a pretensão punitiva estatal para condenar o réu DENER CORDEIRO DE OLIVEIRA à pena de 05 anos c 10 meses de reclusão e ao pagamento de 583 dias-multa. fixado este em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, como incurso no artigo 33, caput, e artigo 40, III, ambos da Lei nº 11.343/06. Denego ao acusado o direito de apelar cm liberdade. Em lato, o delito de tráfico possui grande perniciosidade social, o qual está sempre associado a uma organização criminosa, em maior ou menor grau de proximidade, c com desdobramentos cm outros crimes. Assim, a custódia cautelar do réu é necessária para a garantia da ordem pública. Ademais, o acusado permaneceu preso durante toda a instrução processual, de modo que agora condenado, sua soltura configurar-se-ia em contrassenso. Observa-se ainda a conduta reiterada do acusado na prática do tráfico, com duas condenações anteriores na Vara da Infância e Juventude. Por igual fundamento, além da gravidade do delito, considerado hediondo, e sua forte repercussão social, o regime inicial de cumprimento de pena deverá ser o fechado. Ante essas razões invocadas, incabível sursis e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, consoante aos artigos 44. III e 77, II, ambos do Código Penal (fls. 22/23).

A Corte Estadual, por sua vez, reduziu a pena-base ao mínimo legal, mantendo o regime fechado e a não substituição da pena por restritiva de direitos, conforme se verifica:

A pena-base foi fixada acima do patamar mínimo em razão da nocividade do entorpecente apreendido, tratando-se de "crack", droga cujos efeitos devastadores à saúde de quem dela se utiliza são de conhecimento comum. Contudo, essa circunstância será utilizada em outra fase de dosimetria da pena, evitando-se o emprego da mesma circunstância em fases distintas. Assim, são fixadas as bases nos mínimos legais, 5 anos de reclusão e 500 dias multa.

Na segunda fase da dosimetria das reprimendas, foram reconhecidas as atenuantes da menoridade do apelante e sua confissão, sendo impossível, porém, sua diminuição abaixo do mínimo legal, a teor da Súmula 231, do STJ.

Tocante à causa de diminuição, tenho dito nas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

oportunidades que surgem, como nesta, que a Lei nº 11.343/06 nasceu para punir mais rigorosamente os traficantes de drogas, providência que merece elogios. Mas na verdade, e em razão da redução prevista naquele dispositivo, vem quase sem exceções beneficiando traficantes, muitas vezes surpreendidos com enorme quantidade de drogas, inclusive cocaína e "crack", de efeitos devastadores, ou como no caso maconha. Com a redução de 2/3 a pena reclusiva quase nunca será maior do que a mínima prevista na revogada Lei nº 6.368/76, que era "muito benevolente" e por isso foi revogada pela lei "mais severa".

[...]

No caso específico em exame, é difícil compreender que pessoa com grande porção "crack", com peso de 38.756 gms, receba pena reclusiva inferior a uma que seria imposta, por exemplo, para quem furta junto com outras mercadorias de pequeno valor, já que nesses casos a pena mínima é de 2 anos de reclusão, não obstante exista a previsão, em alguns casos, de benefícios legais (privilegio, etc).

Afinal, quem traz significativa quantidade de substância entorpecente de grande potencial lesivo não está se dedicando a uma atividade criminosa? (art. 33, §4º). Por isso é que o apelante não pode ser beneficiado com a redução prevista no art. 33, § 4º, da nova Lei de Tóxicos.

Portanto, ante a impossibilidade de aplicação do redutor, as reprimendas restam definidas em 5 anos de reclusão e 500 dias multa.

Esta Câmara Criminal vinha entendendo que os crimes considerados hediondos ou a eles equiparados e o é o tráfico de entorpecentes - não admitiam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Mas considerando a Resolução nº 5, do Senado Federal, publicada em 15.02.2012, suspendendo a eficácia da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", contida no § 4º do art. 33, da Lei nº 11.343/06, passou a decidir que, em casos excepcionais, e presentes os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, cabível é o benefício.

Não é o caso dos autos, data máxima vênia, considerando, a quantidade e nocividade do entorpecente apreendido, bem como o fato de ter o réu admitir que costumeiramente vendia entorpecentes.

Regime inicial fechado considerando a gravidade do delito, equiparado aos hediondos, e que merece severa punição, ainda considerando a quantidade e nocividade de droga apreendida (4,59 gms de cocaína e 38,756 gms de "crack") (fls. 29/33).

De início, quanto a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, os fundamentos utilizados pela Corte de origem para não aplicá-la ao caso concreto em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa, evidenciada sobretudo pela quantidade e natureza da droga apreendida, está em consonância com o entendimento desta Corte.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL DECIDIDO MONOCRATICAMENTE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INOCORRÊNCIA.

[...]

TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. RECONHECIMENTO, NA ESPÉCIE. CARÁTER HEDIONDO DO DELITO PRIVILEGIADO. PREJUDICIALIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. A quantidade e a natureza do entorpecente apreendido constituem elementos que denotam a dedicação do réu a atividades criminosas, podendo obstar a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

2. Delimitado pelo Tribunal de origem que o acusado foi flagrado transportando 17kg de maconha, o reconhecimento da sua dedicação a atividades criminosas não enseja o reexame do conjunto fático-probatório dos autos.

3. Afastada a incidência do §4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06, resta prejudicada a análise da questão referente ao caráter hediondo do tráfico privilegiado.

4. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp 1445238/MS, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, DJe 13/10/2015).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS. NÃO PREENCHIMENTO. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO.

1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa.

2. No caso, mostra-se inviável a aplicação da referida causa especial de diminuição, haja vista ter sido destacado pelo Tribunal a quo o envolvimento dos pacientes com a prática de atividades ilícitas, demonstrado especialmente pela expressiva quantidade de entorpecente apreendido - 403 invólucros plásticos contendo "maconha" e um tijolo da mesma substância, totalizando peso líquido de 1.157,5 gramas.

[...]

2. Agravo regimental improvido (AgRg no HC 275.627/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 02/02/2016).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

[...]

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

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

Da mesma forma, não evidencio ilegalidade na imposição do regime fechado e da vedação à substituição da reprimenda por restritiva de direitos pelo Tribunal *a quo*, que se baseou na gravidade concreta do delito, revelada especialmente pela quantidade e natureza das drogas apreendidas.

Ademais, em razão de as circunstâncias judiciais serem favoráveis (art. 59 do CP), de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal, de a pena aplicada ser superior a 4 e inferior a 8 anos (art. 33, § 2º, alínea "b", do CP), caberia a fixação do regime inicial semiaberto ao paciente. Todavia, a quantidade e/ou natureza dos entorpecentes (art. 42 da Lei n. 11.343/06) é fundamentação idônea para justificar a imposição do regime inicial mais gravoso, no caso o fechado, bem como a vedação à substituição da pena por medidas restritivas de direitos, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 e inciso III do art. 44, ambos do Código Penal - CP, e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA FIGURA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. INVIABILIDADE. INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS ESTABELECEAM QUE O PACIENTE DEDICA-SE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. REFERÊNCIAS À HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. REGIME MAIS GRAVOSO MANTIDO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE ENSEJAM A NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONCRETA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

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

- Hipótese em que não foi reconhecida a figura do tráfico privilegiado pelas instâncias ordinárias com base na quantidade e variedade das drogas apreendidas (11 trouxinhas de maconha, 7 de crack e 27 invólucros de cocaína) e das circunstâncias em que o delito ocorreu, as quais indicam que o paciente dedicava-se a atividades criminosas. Modificar tal conclusão requer o revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus.

[...]

- 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 440/STJ e 718 e 719/STF.

- **No caso, devem ser afastadas as referências feitas, na sentença e no acórdão recorridos, à hediondez do delito de tráfico como fundamentação para a fixação do regime mais gravoso. Todavia, é de ser mantido o regime fechado, pois há circunstância concreta que recomenda o regime mais gravoso, qual seja, a quantidade, a variedade e a nocividade das drogas apreendidas, tanto que não foi reconhecida a figura do tráfico privilegiado, de modo que deve ser mantido o regime fechado 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. Precedentes.**

- Habeas corpus não conhecido (HC 290.729/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 15/04/2016).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990. FUNDAMENTO INVÁLIDO. DISPOSITIVO DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF. DESPROPORCIONALIDADE. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO. DIVERSIDADE E NATUREZA DA DROGA VALORADOS NA TERCEIRA FASE. REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, é manifestamente ilegal a imposição do regime prisional mais severo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com base, exclusivamente, no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/6/2012).

3. Estabelecida a pena definitiva em 2 (dois) anos de reclusão, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime semiaberto (previsto como o imediatamente mais grave segundo o quantum da sanção aplicada) é o suficiente à prevenção e à reparação do delito, considerada a natureza e a variedade das drogas apreendidas (63 eppendorfs contendo 57,6 gramas de cocaína, 12 invólucros plásticos contendo 13,7 gramas da mesma droga, além de 13 "trouxinhas" contendo 32,8 gramas de maconha), elencadas como circunstâncias prevalecentes, a teor dos arts. 33 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedente.

4. Não se mostra socialmente recomendável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista a natureza e a diversidade da droga apreendida com o paciente, que denotam contornos de maior gravidade ao tráfico ilícito de drogas. Precedente.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade (HC 333.864/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 29/03/2016).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0134593-5

HC 357.151 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00003713820158260066 1062015 20160000142772 3713820158260066

EM MESA

JULGADO: 04/08/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GUSTAVO SAMUEL DA SILVA SANTOS - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DENER CORDEIRO DE OLIVEIRA

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.