



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 429.185 - SP (2017/0324838-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CAROLINA COSTA FIAES BICALHO - RJ0162569
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BRUNO RAFAEL DA SILVA
PACIENTE : ROBSON DE SOUZA SILVA
PACIENTE : EDIMARCOS GOMES DE SOUZA
PACIENTE : VICTOR RODRIGUES DOS SANTOS

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. MAJORANTE DO ART. 40, III E VI, DA LEI N. 11.343/2006. ANALOGIA À SÚMULA 443 DO STJ. READEQUAÇÃO À FRAÇÃO MÍNIMA (1/6). CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 EM RELAÇÃO AOS PACIENTES PRIMÁRIOS. INAPLICABILIDADE. RÉUS QUE DEDICAM A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A QUATRO E NÃO EXCEDENTE A OITO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉUS PRIMÁRIOS. MODO INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. Segundo a jurisprudência desta Corte Superior, a aplicação das majorantes previstas no art. 40 da Lei de Drogas exige motivação concreta, quando estabelecida acima da fração mínima, não sendo suficiente a mera indicação do número de causas de aumento, em analogia ao disposto na Súmula 443 do STJ, que dispõe: "o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes". (Precedentes).

3. Hipótese em que o Tribunal de origem majorou as penas na fração de 1/5, tão somente pelo fato de terem sido reconhecidas duas majorantes (art. 40, III e VI, da Lei n. 11.343/2006), impondo-se, portanto, o redimensionamento para a percentual mínimo (1/6).

4. 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 integrem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

5. Concluído pela instância antecedente, com fulcro na quantidade, na natureza e na diversidade dos entorpecentes apreendidos – 57 porções de cocaína, 29 de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

maconha e 117 pedras de *crack* –, assim como nos demais elementos constantes dos autos, que os pacientes primários se dedicam ao tráfico de entorpecentes, a alteração desse entendimento – para 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.

6. Fixada a pena definitiva em 5 anos e 10 anos de reclusão, sendo primários os réus e favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime semiaberto é o adequado e suficiente para o cumprimento da pena privativa de liberdade, a teor do contido no art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal.

7. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do atendimento do requisito objetivo, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem, concedida, de ofício, para reduzir a fração das causas de aumento do art. 40, III e VI, da Lei n. 11.343/2006 para 1/6, bem como para fixar o regime inicial semiaberto aos pacientes ROBSON DE SOUZA SILVA, EDIMARCOS GOMES DE SOUZA e VICTOR RODRIGUES DOS SANTOS, ficando a reprimenda destes em 5 anos e 10 meses de reclusão mais pagamento de 583 dias-multa e a do paciente BRUNO RAFAEL DA SILVA em 7 anos e 700 dias-multa, em regime fechado.

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 e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 08 de fevereiro de 2018 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 429.185 - SP (2017/0324838-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CAROLINA COSTA FIAES BICALHO - RJ0162569
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BRUNO RAFAEL DA SILVA
PACIENTE : ROBSON DE SOUZA SILVA
PACIENTE : EDIMARCOS GOMES DE SOUZA
PACIENTE : VICTOR RODRIGUES DOS SANTOS

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **BRUNO RAFAEL DA SILVA, ROBSON DE SOUZA SILVA, EDIMARCOS GOMES DE SOUZA** e **VICTOR RODRIGUES DOS SANTOS**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente Bruno foi condenado à pena de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão mais pagamento de 670 dias-multa e os demais às penas de 5 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 580 dias-multa, a serem cumpridas em regime inicial fechado, todos como incurso nos arts. 33, *caput*, c.c o art. 40, III e VI, ambos da Lei n. 11.343/2006.

Em sede recursal, o Tribunal de origem negou provimento aos apelos defensivos e acolheu o da acusação, para elevar a fração de incidências das causas de aumento do art. 40, para todos os acusados, e da agravante de reincidência, em relação a Bruno, restando a pena deste em 7 anos, 2 meses e 12 dias de reclusão mais pagamento de 720 dias-multa e dos demais pacientes em 6 anos de reclusão e pagamento de 600 dias-multa.

Neste *writ*, alega a impetrante ser indevida a elevação da pena na terceira fase da dosimetria, em fração distinta de 1/6, tão somente pela quantidade de causas de aumento reconhecidas, em analogia à Súmula 443 do STJ.

Aduz que a quantidade de entorpecente apreendido não é elemento idôneo para justificar o afastamento do redutor do tráfico privilegiado para os pacientes Robson, Edimarcos e Victor, visto que são primários e preenchem todos os requisitos legais.

Requer, assim, a redução da fração pelo reconhecimento das causas de aumento para 1/6 e a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem, a fim de reduzir o percentual das causas de aumento para 1/6 (e-STJ, fls. 71-75).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 429.185 - SP (2017/0324838-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CAROLINA COSTA FIAES BICALHO - RJ0162569
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BRUNO RAFAEL DA SILVA
PACIENTE : ROBSON DE SOUZA SILVA
PACIENTE : EDIMARCOS GOMES DE SOUZA
PACIENTE : VICTOR RODRIGUES DOS SANTOS

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. MAJORANTE DO ART. 40, III E VI, DA LEI N. 11.343/2006. ANALOGIA À SÚMULA 443 DO STJ. READEQUAÇÃO À FRAÇÃO MÍNIMA (1/6). CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 EM RELAÇÃO AOS PACIENTES PRIMÁRIOS. INAPLICABILIDADE. RÉUS QUE DEDICAM A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A QUATRO E NÃO EXCEDENTE A OITO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉUS PRIMÁRIOS. MODO INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. Segundo a jurisprudência desta Corte Superior, a aplicação das majorantes previstas no art. 40 da Lei de Drogas exige motivação concreta, quando estabelecida acima da fração mínima, não sendo suficiente a mera indicação do número de causas de aumento, em analogia ao disposto na Súmula 443 do STJ, que dispõe: "o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes". (Precedentes).
3. Hipótese em que o Tribunal de origem majorou as penas na fração de 1/5, tão somente pelo fato de terem sido reconhecidas duas majorantes (art. 40, III e VI, da Lei n. 11.343/2006), impondo-se, portanto, o redimensionamento para a percentual mínimo (1/6).
4. 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).
5. Concluído pela instância antecedente, com fulcro na quantidade, na natureza e na diversidade dos entorpecentes apreendidos – 57 porções de cocaína, 29 de maconha e 117 pedras de *crack* –, assim como nos demais elementos constantes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dos autos, que os pacientes primários se dedicam ao tráfico de entorpecentes, a alteração desse entendimento – para 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.

6. Fixada a pena definitiva em 5 anos e 10 anos de reclusão, sendo primários os réus e favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime semiaberto é o adequado e suficiente para o cumprimento da pena privativa de liberdade, a teor do contido no art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal.

7. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do atendimento do requisito objetivo, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem, concedida, de ofício, para reduzir a fração das causas de aumento do art. 40, III e VI, da Lei n. 11.343/2006 para 1/6, bem como para fixar o regime inicial semiaberto aos pacientes ROBSON DE SOUZA SILVA, EDIMARCOS GOMES DE SOUZA e VICTOR RODRIGUES DOS SANTOS, ficando a reprimenda destes em 5 anos e 10 meses de reclusão mais pagamento de 583 dias-multa e a do paciente BRUNO RAFAEL DA SILVA em 7 anos e 700 dias-multa, em regime fechado.

VOTO

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

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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.

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.

A Corte de origem, ao dar provimento ao apelo da acusação, procedeu da seguinte forma no cálculo penal:

"As penas de Robson, Edimarcos e Victor partiram do mínimo legal, tendo o magistrado ponderado que eventual confissão (Robson confessou somente no flagrante) ou menoridade penal relativa não poderiam reduzir o montante aquém deste mínimo. Em seguida, o julgador aumentou as penas em um sexto em razão das duas causas especiais de aumento de pena. A primeira, referente ao envolvimento do adolescente Gabriel, que deve ser mantida. E a segunda, no tocante à proximidade com estabelecimento de ensino, a Escola Pública de Educação Infantil Braguinha.

A respeito da segunda causa, anota-se que o mapa de fl. 73, colhido do site 'Google Maps', mostra outro estabelecimento que não o descrito na denúncia, a Escola Municipal Vila Florida II. A fim de sanar a questão, consulta no aplicativo 'Google Earth' elucida que o tráfico ocorria nas proximidades de escolas: Escola Pública de Educação Infantil Braguinha e Escola Municipal Vila Florida II, a confirmar a manutenção do aumento.

Ainda analisando a tese de que a primeira escola, que foi a mencionada na denúncia, se tratar de uma creche, o fato é irrelevante, pois o legislador estabeleceu critérios objetivos, que não comportam discussão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Neste ponto, assiste parcial razão ao recurso ministerial, que pretende fração de aumento maior que um sexto para a forma duplamente qualificada. Assim sendo, tratando-se de dois fatores agravantes, a fração mais adequada é a de um quinto, resultando nas penas finais de seis anos de reclusão e pagamento de seiscentos dias-multa, no piso mínimo, para Robson, Edimarcos e Victor.

A elevada quantidade e variedade de drogas apreendidas, bem como a descrição dada ao evento pelos policiais, indica a existência de estrutura organizada.

E na esteira de precedente do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça tem afastado a incidência do redutor de que trata o artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, em situações como esta retratada aqui.

[...]

As penas de Bruno também devem ser majoradas, acolhendo-se, em parte, a pretensão acusatória.

As penas-base de referido réu foram fixadas no mínimo legal. Na segunda fase do cálculo, considerada a reincidência (fls. 191 e 238/239), o julgador aplicou aumento de um sexto. E, pelo envolvimento de adolescente e proximidade a estabelecimento de ensino, houve acréscimo de idêntica fração.

Todavia, sendo a reincidência dupla, cabe acréscimo de um quinto na segunda fase da dosimetria da pena (seis anos de reclusão e seiscentos dias- multa). E, em razão das duas causas de aumento, repetindo-se o que foi dito antes, o aumento deve ser de um quinto, resultando nas penas finais de sete anos, dois meses e doze dias de reclusão e pagamento de setecentos e vinte dias-multa, no piso mínimo. A reincidência também impede a aplicação do redutor de que trata o artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, não havendo que se falar em *bis in idem*" (e-STJ, fls. 59-63).

A individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, **ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade**, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.

Segundo a jurisprudência desta Corte Superior, a aplicação das majorantes previstas no art. 40 da Lei de Drogas exige motivação concreta, quando estabelecida acima da fração mínima, não sendo suficiente a mera indicação do número de causas de aumento, em analogia ao disposto na Súmula 443 do STJ, que dispõe: "o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes".

Confiram-se:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CAUSAS DE AUMENTO DA PENA. EMPREGO DE ARMA E ENVOLVIMENTO DE CRIANÇA/ADOLESCENTE. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DO NÚMERO DE MAJORANTES. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Segundo a jurisprudência desta Corte Superior, a incidência das causas de aumento previstas no art. 40 da Lei n. 11.343/2006 em patamar superior ao mínimo legal exige motivação concreta, devendo o magistrado indicar as circunstâncias do delito que justifiquem a aplicação de fração superior a 1/6.

4. No caso dos autos, as instâncias ordinárias aplicaram a fração de aumento em 5/12, apenas em razão do número de majorantes - arma de fogo e envolvimento de adolescente. O afastamento do aumento mínimo previsto em lei exige motivação idônea, não bastando a mera indicação do número de causas de aumento. Esse entendimento, *mutatis mutandis*, se assemelha àquele utilizado por esta Corte no enunciado n. 443, que dispõe: 'o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes.' Precedentes.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente.

(HC 398.532/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1º/8/2017);

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. CAUSAS DE AUMENTO DECORRENTES DE EMPREGO DE ARMA E DE ENVOLVIMENTO DE MENOR. FRAÇÃO DE AUMENTO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NÚMERO DE MAJORANTES. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

II - Segundo pacífica jurisprudência desta Corte Superior, a incidência das causas de aumento previstas no art. 40 da Lei n. 11.343/06 em patamar acima do mínimo legal exige motivação concreta, devendo o magistrado indicar as circunstâncias fáticas do delito que justifiquem a aplicação de fração superior.

III - Não obstante cuidarem-se, *in casu*, de duas majorantes, o afastamento do aumento mínimo previsto em lei exige fundamentação idônea, não bastando a mera indicação do número de causas em que incidiu o paciente. Tal raciocínio, *mutatis mutandis*, se assemelha àquele utilizado por esta Corte Superior de Justiça, quando da edição do Enunciado n. 443, que afirma que 'o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes'.

Habeas corpus não conhecido. Contudo, ordem concedida de ofício.

(HC 379.926/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 25/4/2017, DJe 8/5/2017).

In casu, o Tribunal *a quo* aumentou a pena dos pacientes em 1/5 tão somente pelo fato de terem sido reconhecidas duas majorantes (art. 40, III e VI, da Lei n. 11.343/2006), impondo-se, portanto, o redimensionamento para o percentual mínimo (1/6).

Quanto à incidência da causa especial de diminuição, melhor sorte não socorre à impetrante.

A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico. (HC 401.121/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1/8/2017 e AgRg no REsp 1.390.118/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 30/5/2017).

Na hipótese, a instância antecedente negou o reconhecimento do tráfico privilegiado, por entender que, além da **quantidade, da natureza e diversidade das drogas apreendidas** - 57 porções de cocaína (7,76 g), 29 de maconha (8,93 g) e 117 pedras de *crack* (17,2 g) -, **as provas colhidas nos autos e as circunstâncias do delito** demonstram a existência de estrutura organizada entre os agentes, tendo cada um dos acusados função específica no comércio espúrio de drogas (e-STJ, fls. 56-58).

Desse modo, assentado pela instância antecedente, soberana na análise dos fatos, que os pacientes se dedicam 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*.

A propósito:

"[...]

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS. NÃO PREENCHIMENTO. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO.

1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; d) não integre organização criminosa.

2. No caso, revela-se inviável a aplicação da aludida causa especial de diminuição, tendo em vista que as instâncias de origem concluíram, fundamentadamente, com esteio nas provas acostadas aos autos, notadamente nas circunstâncias em que se deu o flagrante, na confissão parcial do corréu, e na quantidade de entorpecentes apreendida, que se dedica a atividades criminosas. Precedentes.

[...]

2. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 384.936/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/3/2017, DJe 5/4/2017);

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. INTERROGATÓRIO. INÍCIO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. PROCEDIMENTO ESPECIAL DA LEI N. 11.343/2006. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. PENA-BASE. REDUÇÃO. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PROVIDÊNCIAS INÓCUAS. SÚMULA N. 231/STJ. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE OS PACIENTES DEDICAVAM-SE A ATIVIDADES CRIMINOSAS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. DENEGAÇÃO DA ORDEM. [...]

3. Concluído pela Corte de origem, com arrimo nos fatos da causa, que os pacientes dedicavam-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. 11.343/2006. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*. [...]

Habeas corpus denegado."

(HC 385.941/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/4/2017, DJe 8/5/2017).

Passo à readequação das penas.

Em relação aos pacientes **ROBSON, EDIMARCOS e VICTOR**, a pena restou fixada em 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa nas fases iniciais. Na terceira etapa, elevo as sanções em 1/6, em razão das causas de aumento previstas no art. 40, III e VI, da Lei de Drogas, as quais torno definitivas em 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, ante a ausência de outras causas modificativas.

Quanto à **Bruno**, nas etapas iniciais, a pena restou fixada em 6 anos de reclusão e pagamento de 600 dias-multa. Na terceira fase, elevo a sanção em 1/6, em razão das causas de aumento previstas no art. 40, III e VI, da Lei de Drogas, tornando-a definitiva em 7 anos de reclusão e 700 dias-multa, ante a ausência de outras causas modificativas da pena.

O regime inicial, à exceção do paciente Bruno que é reincidente, também comporta ajuste.

A Corte Estadual fixou o modo mais gravoso, em decisão assim motivada:

"O regime prisional inicial fechado foi corretamente fixado para todos os réus, em especial para Bruno, que é reincidente, em face da natureza do crime, que revela a periculosidade concreta dos agentes, que com sua conduta geram instabilidade em inúmeros lares, exigindo, em consequência, resposta penal mais enérgica com a qual não é compatível solução mais branda. Nesse tópico, é sempre pertinente lembrar que os mercadores de entorpecentes criam um poder paralelo que desafia e se opõe às autoridades constituídas, destrói pessoas e famílias, subjuga comunidades inteiras, e aniquila o futuro de crianças e jovens, decorrendo de suas condutas gravíssimas consequências para a sociedade" (e-STJ. fl. 64).

Entretanto, a obrigatoriedade do cumprimento da pena em regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo STF, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/7/2012).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

No caso, como visto, o regime mais grave foi imposto com base na hediondez e na gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas, o que constitui fundamentação inidônea para tanto, consoante reiterada jurisprudência desta Corte (HC 382.300/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/2/2017, DJe 14/3/2017)

Assim, estabelecida as penas em 5 anos e 10 meses de reclusão, sendo favorável as circunstâncias judiciais e primários os pacientes, o **regime semiaberto** é o cabível para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, a teor do contido no art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal.

Nesse sentido:

"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.

[...]

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."

(HC 401.235/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 5/10/2017, DJe 13/10/2017);

"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 DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. NÃO APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. PLEITO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS E PEQUENA QUANTIDADE DA DROGA QUE ENSEJAM O REGIME INICIAL SEMIABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

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

- Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta, é necessário fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719 do STF.

- Hipótese em que as instâncias ordinárias não apresentaram fundamentação concreta acerca da necessidade do regime mais gravoso, destacando, apenas, a gravidade abstrata do delito, o que configura constrangimento ilegal. Assim, embora o caso em questão envolva o tráfico de droga nociva (cocaína), a pequena quantidade apreendida, a análise favorável dos vetores do art. 59 do CP e o fato de a pena aplicada ser superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão, resta cabível o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Precedentes.

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida *ex officio*, apenas para modificar o regime de cumprimento da pena do paciente para o inicial semiaberto.

(HC 413.244/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 5/10/2017, DJe 16/10/2017).

Por fim, estabelecido o *quantum* da pena em patamar superior a 4 (quatro) anos, é inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

Diante do exposto, **não conheço** deste *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para reduzir a fração da causa de aumento do art. 40, III e VI, da Lei n. 11.343/2006 para 1/6, bem como para fixar o regime inicial semiaberto aos pacientes ROBSON DE SOUZA SILVA, EDIMARCOS GOMES DE SOUZA e VICTOR RODRIGUES DOS SANTOS, ficando a reprimenda destes em 5 anos e 10 meses de reclusão mais pagamento de 583 dias-multa e a do paciente BRUNO RAFAEL DA SILVA em 7 anos e 700 dias-multa, em regime fechado.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0324838-1

HC 429.185 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00164812620158260224 164812620158260224 20170000101905

EM MESA

JULGADO: 08/02/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO CAROLINA COSTA FIAES BICALHO - RJ0162569
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	BRUNO RAFAEL DA SILVA
PACIENTE	:	ROBSON DE SOUZA SILVA
PACIENTE	:	EDIMARCOS GOMES DE SOUZA
PACIENTE	:	VICTOR RODRIGUES DOS SANTOS

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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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