



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 499.887 - SP (2019/0080215-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : GENIVAL TORRES DANTAS JÚNIOR - SP202437
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : AGEU DE SOUZA ALVES (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS E RECEPÇÃO. 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. REGIME PRISIONAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. 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.

3. 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 ao tráfico de forma habitual. Assim, desconstituir tais assertivas demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via estreita do *habeas corpus*.

4. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por crimes hediondos e equiparados.

5. 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 n. 440/STJ e 718 e 719/STF.

6. No caso, embora o paciente seja primário, condenado a pena privativa de liberdade superior a 4 e que não excede 8 anos de reclusão, as circunstâncias do crime – quantidade e natureza do entorpecente apreendido – constituem motivo idôneo e suficiente para o recrudesimento do regime prisional, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

7. Não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois o *quantum* da pena supera o limite previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

8. *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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 02 de abril de 2019(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 499.887 - SP (2019/0080215-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : GENIVAL TORRES DANTAS JÚNIOR - SP202437
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : AGEU DE SOUZA ALVES (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de AGEU DE SOUZA ALVES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0001230-49.2017.8.26.0530).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 2 anos e 6 meses de reclusão e multa por incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, incidente a minorante do § 4º do mesmo artigo, além de 1 ano e 2 meses de reclusão e multa pela prática do crime previsto no art. 180 do Código Penal, por duas vezes, em concurso formal, aplicada a regra do cúmulo material entre os distintos delitos e o regime aberto para o respectivo resgate (e-STJ fls. 25/36).

Irresignadas, as partes interpuseram apelações, sendo improvido o recurso defensivo e parcialmente provido o ministerial para exasperar as penas-bases dos crimes de receptação e, em relação ao tráfico de drogas, afastar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 e reconhecer a incidência da causa de aumento constante do art. 40, inciso III, do mesmo estatuto. Nesse contexto, a pena relativa às receptações foi alterada para 1 ano, 4 meses e 10 dias de reclusão, enquanto que a pertinente ao tráfico de drogas foi redimensionada para 5 anos e 10 meses de reclusão e multa, totalizando 7 anos, 2 meses e 10 dias de reclusão e multa. O regime inicial também foi alterado para inicial fechado, mantidos os demais termos da condenação (e-STJ fls. 37/66). Segue a ementa do acórdão:

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E RECEPTAÇÃO - Recurso defensivo - Tráfico de entorpecentes - Pretendida absolvição do coacusado Marcelo por insuficiência de provas - Impossibilidade - Materialidade e autoria delitivas sobejamente demonstradas nos autos - Prova oral que, somada a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

outros elementos de convicção, comprovam à saciedade o cometimento do delito imputado ao acusado - Circunstâncias em que se deu a prisão do recorrente e seu comparsa, somadas à apreensão de considerável quantidade de entorpecente, que dão a certeza de sua participação no comércio ilícito - Receptação - Pretendida absolvição de ambos os acusados ou desclassificação para a modalidade culposa - Desacolhimento - Réus surpreendidos na posse de duas motocicletas objetos de crimes, sabedores de suas origens ilícitas - Dolo extraído do contexto em que se desenvolveram os fatos - Agentes que adquiriram os bens por valor muito inferior ao de mercado - Ausência de demonstração de boa-fé - Recursos desprovidos.

Recurso ministerial - Pretendida majoração das penas-base - Acolhimento em parte - Circunstâncias judiciais consideradas favoráveis aos agentes - Pretensão de utilização da natureza e quantidade do entorpecente apreendido para elevar a pena-base e para afastar o redutor a que alude o art. 33, §4º, da Lei de Drogas - Emprego simultâneo desses fatores na primeira e na terceira fase da dosimetria que ocasionaria inegável 'bis in idem' - Precedentes - Receptação - Natureza e valor dos bens receptados que autorizam a elevação da sanção inicial - Reconhecimento da causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas - Acolhimento - Majorante de caráter objetivo, bastando que o delito seja praticado nas proximidades dos estabelecimentos elencados no referido dispositivo legal, o que restou suficientemente comprovado pelas provas oral e pericial - Afastamento do redutor previsto no art. 33, §4º, da citada lei, em relação ao corréu Ageu - Cabimento - Quantidade considerável de entorpecente apreendido em poder do acusado - Preponderância do art. 42, da citada lei, sobre as circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do Código Penal - Ademais, circunstâncias do crime que comprovam que o recorrido se dedicava a atividades criminosas - Fixação de regime inicial fechado para Ageu - Necessidade - Gravidade concreta do delito cometido pelo acusado que determina a fixação de regime mais gravoso, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal - Crime equiparado a hediondo, que reclama resposta penal mais rigorosa - Recurso provido em parte, expedindo-se mandado de prisão em desfavor do coacusado Ageu Souza Alves após esgotadas as vias recursais nesta instância.

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 3/24), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois afastou o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 sem fundamentação idônea. Afirma que os requisitos legais para a incidência do benefício encontram-se presentes e que a quantidade de entorpecentes apreendidos não é expressiva, tampouco constitui critério suficiente para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concluir pela dedicação a atividades criminosas.

Em razão do reconhecimento do tráfico privilegiado, defende que o paciente faz jus ao regime aberto e à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ao final, formula pedido liminar para que o paciente possa aguardar em liberdade o julgamento deste *writ* e, no mérito, pede a concessão da ordem para que a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 seja aplicada em seu patamar máximo, redimensionando-se a pena do paciente, além da fixação do regime inicial aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O pedido liminar foi indeferido às e-STJ fls. 70/73.

O Ministério Público Federal opinou, às e-STJ fls. 77/80, pela denegação da ordem.

É o relatório. **Decido.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 499.887 - SP (2019/0080215-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

[...] Habeas corpus não conhecido.

(HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...].

(STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se, na presente oportunidade, o reconhecimento de constrangimento ilegal na não aplicação da redutora do tráfico. Em consequência do redimensionamento da pena, busca, ainda, fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Em relação à redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 dos autos, segue o que foi consignado pelo Tribunal local para não aplicar a causa especial de diminuição da pena para o acusado (fls. 41/42):

E, como bem ponderado pelo promotor de justiça recorrente, incabível a aplicação do redutor a que alude o art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006 em relação ao corréu Ageu, a despeito, inclusive, da primariedade.

Com efeito, a natureza e a considerável quantidade de entorpecente apreendido (52 gramas de cocaína, na forma de crack), droga sabidamente de altíssimo poder vulnerante quando comparado às demais substâncias psicotrópicas, aliadas as demais circunstâncias que envolveram o delito, demonstram que o apelado, de fato, se dedicava às atividades criminosas, não de forma isolada, mas como meio de vida.

Ratificam essa assertiva os depoimentos prestados pelos policiais militares responsáveis pelo flagrante que, em uníssono, declararam que o local da apreensão é conhecido ponto de tráfico e que o réu e seu comparsa, assim que notaram a presença deles, tentaram se evadir, mas foram detidos. No local, foram localizadas, ainda, balança de precisão, lâmina para o fracionamento da droga e dinheiro trocado, sendo certo, também, que os réus foram surpreendidos no momento em que prepararam porções individuais para revenda, o que comprova que se dedicavam à atividade ilícita com habitualidade.

Da leitura dos trechos supracitados, extrai-se que o Tribunal local formou sua convicção com base nos elementos fáticos constantes dos autos para afastar a aplicação da redutora do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, por entender que o paciente se dedicava ao tráfico de forma habitual, tendo em vista as circunstâncias do delito. Desconstituir tais assertivas demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via estreita do *habeas corpus*.

Em hipóteses análogas, decidiu esta Corte:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO.
DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS COM
ENVOLVIMENTO DE MENOR. APLICAÇÃO DA CAUSA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME FECHADO. HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. EXPRESSIVA QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

2. A aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 depende do convencimento do magistrado de que o apenado, primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades delituosas nem integre organização criminosa. In casu, o entendimento registrado pela origem está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior, firmada no sentido de que a expressiva quantidade de droga, associada às circunstâncias do delito, pressupõe a dedicação à atividade criminosa, revelando-se suficiente a afastar a aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

3. A reforma do entendimento das instâncias ordinárias quanto à dedicação do paciente às atividades criminosas constitui matéria que refoge ao restrito escopo do habeas corpus, porquanto demanda percuente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

4. O STF, no julgamento do HC n. 111.840/ES, declarou inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Assim, o regime prisional deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do Código Penal - CP.

5. Na hipótese dos autos, embora as circunstâncias judiciais tenham sido consideradas favoráveis e o paciente seja primário, a natureza, a variedade e a considerável quantidade da droga apreendida - cocaína e crack em quantidade considerável (mais de duas dezenas de porções) - utilizadas na terceira fase da dosimetria, para afastar a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º da Lei de Drogas, impedem a aplicação do regime prisional mais brando.

6. Considerando a pena aplicada, no patamar superior a 4 anos, inviável a aplicação da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ante o não preenchimento dos requisitos do art. 44, I, do CP.

Habeas corpus não conhecido. (HC 324.283/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 19/08/2016).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.

2. Não há constrangimento ilegal no ponto em que, fundamentadamente, não foi aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, à vista de elementos concretos que indicaram a dedicação do acusado à atividade criminosa do tráfico.

3. Para acolher a tese defensiva de que o acusado não se dedica a atividades criminosas, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amalhado durante a instrução criminal, providência vedada na via estreita do habeas corpus.

[...]

8. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, tão somente para que o Juízo das Execuções, mediante concreta fundamentação, analise a possibilidade de fixação de regime inicial mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal. (HC 314.626/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe 26/8/2015).

Em relação ao regime, como é cediço, em se tratando de tráfico de entorpecentes, desde o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n. 111.840/ES, inexistente a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, do Código Penal.

No caso, embora o paciente seja primário e a condenação não supere 8 anos de reclusão, o Tribunal fixou o regime inicial fechado pelos seguintes fundamentos (fls. 60/64):

Com efeito, a natureza e a considerável quantidade de entorpecente apreendido (52 gramas de cocaína, na forma de crack), droga sabidamente de altíssimo poder vulnerante quando comparado às demais substâncias psicotrópicas, aliadas às demais circunstâncias que envolveram o delito, demonstram que o apelado, de fato, se dedicava às atividades criminosas, não de forma isolada, mas como meio de vida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ratificam essa assertiva os depoimentos prestados pelos policiais militares responsáveis pelo flagrante que, em uníssono, declararam que o local da apreensão é conhecido ponto de tráfico e que o réu e seu comparsa, assim que notaram a presença deles, tentaram se evadir, mas foram detidos. No local, foram localizadas, ainda, balança de precisão, lâmina para o fracionamento da droga e dinheiro trocado, sendo certo, também, que os réus foram surpreendidos no momento em que prepararam porções individuais para revenda, o que comprova que se dedicavam à atividade ilícita com habitualidade.

(...)

O regime inicial, para ambos os réus, não poderia ser outro que não o fechado, merecendo acolhimento o apelo ministerial também neste ponto.

Ora, os fatos são deveras graves. Tratam-se de crimes que fomentam a prática de outros tantos delitos, de maneira que o tratamento penal dispensado deve condizer com a gravidade que se apresenta. Nesse contexto, regime inicial mais brando não atenderia aos fins da pena, nem surtiria efeito na assimilação da terapêutica penal por parte dos acusados, sobretudo no que se refere à função de prevenção especial positiva da reprimenda.

Outrossim, a fixação de regime inicial fechado não se afigura inconstitucional, uma vez que reflete apenas a intenção legislativa de coibir mais duramente as condutas dos autores de crimes hediondos e equiparados, os quais o legislador reconheceu possuírem maior lesividade social, o que não impede a realização do princípio da individualização, a ser observado na fixação e na execução da pena.

Nesse sentido, precedente deste E. Tribunal de Justiça:

(...)

Ademais, como se anteviu, os acusados praticavam atividades criminosas com habitualidade e, além do tráfico, se dedicavam a delitos outros (no caso presente, receptação), o que exaspera a reprovabilidade das condutas e demonstra a necessidade de seus encarceramentos para garantia da ordem pública e da paz social.

Da leitura acima, verifica-se que, não obstante a pena-base tenha sido fixado no mínimo legal, o regime mais gravoso foi fixado com base nas circunstâncias concretas do caso. Assim, havendo fundamentação concreta para o regime fechado, não há ilegalidade a ser sanada. Ademais, a quantidade de drogas (52 g de crack) também justifica o regime mais gravoso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. CÓDIGO PENAL. LEI 11.346/2006. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE NOVOS FUNDAMENTOS CAPAZES DE MODIFICAR O ACÓRDÃO IMPUGNADO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Segundo o entendimento vigente neste Superior Tribunal de Justiça, a modificação de decisão, por meio de agravo regimental, requer a apresentação de novos fundamentos capazes de alterar o posicionamento anteriormente firmado.

2. No caso em exame, o agravante insurge-se contra decisão proferida por esta relatoria, no julgamento monocrático de habeas corpus impetrado nesta Corte Superior, a qual reconheceu a ausência de constrangimento ilegal passível de ser sanado.

3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 111.840/ES, declarou a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 2º, da Lei n. 8.072/90, a fim de determinar a ausência de obrigatoriedade da fixação de regime fechado para os condenados por delitos hediondos.

4. Nos termos da jurisprudência vigente neste Superior Tribunal de Justiça, nos crimes disciplinados pela Lei 11.343/2006, o estabelecimento do regime de cumprimento da pena deve observar não só as regras previstas no art. 33, § 2º, do Código Penal, como também os vetores estabelecidos pelo art. 42, da Lei de Drogas, os quais prevêm a quantidade e a natureza da droga como justificativas idôneas para embasar a execução da reprimenda em regime mais gravoso. Precedentes.

5. Segundo precedentes deste Sodalício, se o eg. Tribunal de origem, a partir do exame do acervo probatório, concluir que o recorrente se dedicava à atividade criminosa, situação a qual, a teor do disposto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, impossibilita a aplicação da minorante, fica impossibilitada a alteração de tais fundamentos, por meio do julgamento de habeas corpus, ante o necessário revolvimento do contexto fático-probatório. Precedentes.

6. Agravo improvido.

(AgRg no HC 438.153/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 28/05/2018)

Prejudicada a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois o *quantum* da pena supera o limite previsto no art. 44, inciso I,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do Código Penal.

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

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0080215-5

HC 499.887 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00012304920178260530 12304920178260530 20190000176471

EM MESA

JULGADO: 02/04/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	GENIVAL TORRES DANTAS JÚNIOR - SP202437 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	AGEU DE SOUZA ALVES (PRESO)
CORRÉU	:	MARCELO RODRIGUES FERREIRA

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.