



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 405.668 - SP (2017/0155068-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : GUILHERME PEREIRA NASCIMENTO
ADVOGADO : GUILHERME PEREIRA NASCIMENTO - SP269210
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FELIPE FERNANDO SILVA MENDES FLAUSINO
PACIENTE : DAIANE ALVES DE MORAIS

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

2. Embora a reprimenda final seja igual a 5 anos, escoreita a eleição do regime inicial fechado, porquanto as circunstâncias do caso em testilha demonstram que regime inicial mais brando não seria suficiente para a reprovação e a prevenção do delito em comento, tendo em vista a quantidade de uma das substâncias entorpecentes envolvidas na empreitada criminosa – 459,2 g de maconha (art. 42 da Lei n.º 11.343/06). Não há falar, pois, em constrangimento ilegal.

3. *Habeas corpus* denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, denegou a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 10 de outubro de 2017(Data do julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 405.668 - SP (2017/0155068-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : GUILHERME PEREIRA NASCIMENTO
ADVOGADO : GUILHERME PEREIRA NASCIMENTO - SP269210
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FELIPE FERNANDO SILVA MENDES FLAUSINO
PACIENTE : DAIANE ALVES DE MORAIS

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de FELIPE FERNANDO SILVA MENDES FLAUSINO e DAIANE ALVES DE MORAIS, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n.º 0000119-24.2016.8.26.0608).

Depreende-se dos autos que Daiane Alves foi condenada à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e Felipe Fernando, à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, ambos incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06. Eis o teor do édito condenatório, no que pertinente:

(...)

Passo à dosimetria da pena.

Quanto a ré Daiane:

A ré é primária e não ostenta antecedente na primeira fase da fixação da pena (fls. 127/128).

Atendendo às circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, fixo-lhe a pena base do mínimo legal, qual seja, 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Na segunda fase, presente atenuante, devido a confissão espontânea sobre a propriedade da droga. No entanto, impossível sua aplicação, visto o estabelecimento prévio da pena dentro do mínimo legal.

Na terceira fase, não há causas de aumento ou diminuição da pena.

Incabível o privilégio disposto no § 4º, art. 33, da lei nº 11.343/06, porquanto dispunha de relevante partida de entorpecentes, de qualidades diversas, dentre elas o *crack*, tóxico este dos mais perniciosos, com alto poder viciante, agindo em concurso com terceira pessoa.

Quanto ao réu Felipe:

O réu ostenta antecedentes na primeira fase da fixação da pena (fls. 129/131). Atendendo às circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, fixo-lhe a pena base, um sexto a cima do mínimo legal, qual seja, 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa.

Na segunda fase, não há a presença de causas de atenuantes ou agravantes.

Na terceira fase, não há causas de aumento ou diminuição da pena.

Incabível, também para este réu, o privilégio disposto no § 4º, art. 33, da lei nº 11.343/06, pelas mesmas razões que justificaram a não aplicação da medida à corré Daiane, razão pela qual ela prevalece tal como acima lançada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES as pretensões punitivas para condenar DAIANE ALVES DE MORAIS ao cumprimento de 5 (cinco) anos de reclusão, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, e FELIPE FERNANDO SILVA FLAUSINO, ao cumprimento de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa; ambos como incurso no art. 33, caput, da Lei 11.343/06.

Quanto ao regime de pena imposto aos réus, fixo inicialmente fechado, dada a quantidade de pena definida e a natureza do delito.

Além do mais, cabe consignar que os réus ainda não completaram 2/5 da pena imposta, fato que impede a progressão de regime nesse momento.

Incabível, para ambos, tanto pelos fundamentos descritos acima, como também por não preencherem os requisitos do artigo 44 do Código Penal, o *sursis* e a substituição da pena corporal por pena restritiva de direito, e sobretudo por não se coadunar com a prática do tráfico. De fato, embora haja autorização para redução da pena, ninguém pode ignorar os efeitos dantescos da traficância no meio social, o que de tão evidente, dispensa maiores ilações.

Recomendem-se, ambos, nas prisões em que se encontram (fls. 14/16).

Inconformados, ambos os réus interpuseram recurso de apelação perante a Corte de origem. Ao final, foi dado parcial provimento ao recurso de Felipe, reduzindo a reprimenda que lhe fora imposta ao patamar de 5 anos de reclusão. O aresto encontra-se assim fundamentado:

As penas de DAIANE foram bem dosadas. Não merecem redução.

A pena-base foi fixada no mínimo legal.

Na 2ª fase, foi reconhecida a atenuante da confissão, que não pode incidir para reduzir a sanção, com base no enunciado da Súmula nº 231, do Egr. Superior Tribunal de Justiça.

Na 3ª fase, não pode ser reconhecido o redutor previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei de Tóxicos.

Isso porque a ré não exercia ocupação lícita ao tempo dos fatos (fls. 34) e tinha em depósito quantidade expressiva de droga, sendo que parte dela era de crack, droga que, como se sabe, é altamente nociva que produz efeitos devastadores sobre seus usuários e viciados. Tudo indica, assim, que, no mínimo, se dedicava às atividades criminosas (no caso, ao tráfico), de modo que não satisfaz os requisitos legais para obter a benesse.

Mantenho, assim, as suas penas tal como aplicadas em primeira instância.

As penas de FELIPE merecem redução.

Primeiro, porque as certidões de fls. 130-31 atestam, quando muito, processo em andamento, que não pode configurar antecedente criminal. É o caso, assim, de ser reduzida a pena-base para o mínimo previsto.

E depois, porque deve incidir, em seu favor, a atenuante da menoridade relativa (tinha 20 anos de idade ao tempo do crime), que não pode, no entanto, como acima visto, reduzir, na 2ª fase, a pena aquém do mínimo cominado.

Na terceira fase, não deve incidir o redutor previsto no § 4º, do artigo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

33, da Lei de Tóxicos, tendo em conta, como acima exposto, os indícios de que, no mínimo, se dedicava ao tráfico.

As circunstâncias geram, no meu entender, presunção de não-satisfação das condições previstas no § 4º, do artigo 33, das Lei de Tóxicos. Noutras palavras, infere-se delas que o sentenciado, se não integra/integrava efetivamente organização criminosa, que ele, pelo menos, se dedicava à atividade criminosa (no caso, ao tráfico) para se manter, garantir renda. Em tal caso, cabia-lhe afastar essa presunção (inversão de ônus da prova) de modo válido e convincente, o que não aconteceu.

A propósito, trago à colação julgado do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, a seguir transcrito, tal como publicado em Informativo daquela Insigne Instituição:

(...)

Reduzo, assim, as penas de FELIPE para cinco anos de reclusão, mais 500 dias-multa, sanção que, à míngua de causa modificativa, torno definitiva.

Finalmente, quanto aos pleitos remanescentes, anoto o que segue:

(1) As penas alternativas não devem ser aplicadas não só pela hediondez do crime, que recomenda maior rigor no escarmento, mas também porque a Lei nº 11.343/06 expressamente veda a benesse aos traficantes, nos precisos termos do que dispõe o seu artigo 44, caput.

Tal dispositivo legal foi editado pelos poderes competentes, goza de presunção de constitucionalidade e não parece ofender a Constituição de República de modo franco e direto.

Não desconheço que foi reconhecida a inconstitucionalidade desse dispositivo pelo Excelso Pretório (HC 97.256) no ano de 2010, mas essa decisão foi tomada por maioria apertada (6 X 4) e valeu somente para o processo julgado (incidenter tantum).

A propósito, julgado selecionado do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

(...)

A recente edição da Resolução nº 5, de 2012, pelo Senado Federal, que suspendeu a execução da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” do § 4º, do artigo 33, da Lei de Tóxicos, em nada altera, no meu entender, a solução aqui proposta, visto que o crime, como se sabe, equipara-se aos hediondos e a aplicação de pena vicariante não reprovava a contento a prática de tão grave crime. demais, por opção do legislador, o artigo 44, caput, referido resta íntegro, aplicando-se, por isso, in totum o argumento acima.

(...)

(2) Quanto ao regime prisional, tenho que deve ser atendido o disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, disposição expressa que, a menos que se queira decidir contra legem, deve regular o caso.

Referido dispositivo legal foi editado pelos Poderes Competentes, gozando, até prova em contrário, de presunção de constitucionalidade.

Não é escusado dizer que, sob a minha ótica, tal dispositivo legal (art. 2º, § 1º) - assim como ocorria com o antigo, que impunha o regime integral fechado 26 não padece do vício da inconstitucionalidade, por justamente regular e prever o tratamento penal mais rigoroso que os autores de crimes hediondos ou a eles equiparados devem ter, por previsão constitucional (CF, art. 5º, XLIII).

Quanto à individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI), ela será



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

observada no curso da execução penal.

Nesse sentido, julgados desta C. Corte:

(...)

Não desconheço que o Excelso Pretório, na sessão de 27.6.2012, nos autos de Hábeas nº 111.840, reconheceu, por maioria de votos, a inconstitucionalidade do referido dispositivo, mas fê-lo, ressaltando, incidentalmente, o que significa dizer que valeu somente para o processo julgado; não tem efeito erga omnes, pelo menos enquanto o Senado Federal não se pronunciar a respeito (CF, art. 52, X). Assim, malgrado o entendimento que vem se firmando nas mais altas Cortes de Justiça da Nação, entendo inteiramente aplicável a norma referida, o que obriga à fixação do regime inicial mais severo.

Acréscimo a tudo que (i) a quantidade da pena aplicada (superior a 4 anos de prisão) impede, por si só, a aplicação de penas alternativas e (ii) que a quantidade expressiva das drogas e também a natureza altamente nociva de uma delas (refiro-me ao crack), por revelar alta reprovabilidade da conduta, justificam o rigor adotado no escarmento.

(...) (fls. 25/40) (grifou-se).

No presente *mandamus*, insurge-se a Defesa, em síntese, contra o regime inicial de cumprimento de pena.

Aduz que foi fixado o regime fechado com base na hediondez e na gravidade abstrata do delito de tráfico.

Ressalta que as circunstâncias judiciais favorecem os pacientes.

Invoca o teor das súmulas 718 e 719 do STF e 440 desta Corte.

Requer, liminarmente e no mérito, seja fixado o regime inicial semiaberto para início do desconto da pena.

A liminar foi indeferida às fls. 44/48.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Carlos Alberto C. de Vilhena Coelho, pelo não conhecimento do *writ* e pela concessão da ordem, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto (fls. 52/55).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 405.668 - SP (2017/0155068-4)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

2. Embora a reprimenda final seja igual a 5 anos, escoreita a eleição do regime inicial fechado, porquanto as circunstâncias do caso em testilha demonstram que regime inicial mais brando não seria suficiente para a reprovação e a prevenção do delito em comento, tendo em vista a quantidade de uma das substâncias entorpecentes envolvidas na empreitada criminosa – 459,2 g de maconha (art. 42 da Lei n.º 11.343/06). Não há falar, pois, em constrangimento ilegal.

3. *Habeas corpus* denegado.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Busca-se, por meio da presente impetração, a alteração do regime inicial de cumprimento de pena para o semiaberto.

Cumprе salientar que a estipulação do regime inicial fechado - contida no § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072, que fora alterado pela Lei n.º 11.464/07 - foi superada pelo Pretório Excelso, órgão responsável pela análise de compatibilidade das leis com a Constituição Federal, em decisões recentes. A esse respeito, confira-se o teor do Informativo n.º 569 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

A Turma, superando a restrição fundada no Enunciado 691 da Súmula do STF, concedeu habeas corpus a condenado pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33) para determinar que tribunal de justiça substitua a pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos ou, havendo reversão, que o início do cumprimento da pena privativa de liberdade se dê no regime aberto. Assentou-se que a quantidade de pena imposta – 3 anos –, não constando circunstâncias desfavoráveis ao paciente, que não registra antecedentes, permitiria não só que a pena tivesse início no regime aberto (CP, art. 33, § 2º, c), mas, também, a substituição por pena restritiva de direitos (CP, art. 44, § 2º, segunda parte). HC 101291/SP, Rel. Min. Eros Grau, 24.11.2009. (HC-101291)

O citado *writ* possui esta ementa:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO MAIS GRAVE DO QUE O PREVISTO EM LEI. DIREITO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EXCEÇÃO À SÚMULA 691.

Tráfico de entorpecentes. Fixação da pena. Circunstâncias judiciais favoráveis. Pena fixada em quantidade que permite a substituição da privação de liberdade por restrição de direitos ou o início do cumprimento da pena no regime aberto. Imposição, não obstante, de regime fechado. Constrangimento ilegal a ensejar exceção à Súmula 691/STF. Ordem concedida. (HC n.º 101.291/SP; Relator(a): Ministro Eros Grau; Julgamento: 24/11/2009; Segunda Turma; DJe-027 - 12-02-2010)

Diante disso, a Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o *quantum* de pena aplicado, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal (HC n.º 118.776/MG, da relatoria do Ministro Nilson Naves, julgado em 18.3.2010), bem como a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Registre-se, por oportuno, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, em sessão extraordinária realizada no dia 27.6.2012, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07. Confira-se:

"Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei n.º 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, com a redação dada pela Lei n.º 11.464/07, o qual determina que *"a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado"*. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito **ex nunc**, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado." (HC n.º 111.840/ES; Relator(a): Ministro Dias Toffoli; Julgamento: 27/06/2012; Tribunal Pleno)

Assim, restou superada pela Suprema Corte e por este Tribunal Superior a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes.

Para melhor deslinde da controvérsia, mister transcrever excerto do aresto prolatado pelo Colegiado estadual:

(2) Quanto ao regime prisional, tenho que deve ser atendido o disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, disposição expressa que, a menos que se queira decidir *contra legem*, deve regular o caso.

Referido dispositivo legal foi editado pelos Poderes Competentes, gozando, até prova em contrário, de presunção de constitucionalidade.

Não é escusado dizer que, sob a minha ótica, tal dispositivo legal (art. 2º, § 1º) - assim como ocorria com o antigo, que impunha o regime integral fechado 26 não padece do vício da inconstitucionalidade, por justamente regular e prever o tratamento penal mais rigoroso que os autores de crimes hediondos ou a eles equiparados devem ter, por previsão constitucional (CF, art. 5º, XLIII).

Quanto à individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI), ela será observada no curso da execução penal.

Nesse sentido, julgados desta C. Corte:

(...)

Não desconheço que o Excelso Pretório, na sessão de 27.6.2012, nos autos de Hábeas n.º 111.840, reconheceu, por maioria de votos, a inconstitucionalidade do referido dispositivo, mas fê-lo, ressaltando, incidentalmente, o que significa dizer que valeu somente para o processo julgado; não tem efeito erga omnes, pelo menos enquanto o Senado Federal não se pronunciar a respeito (CF, art. 52, X). Assim, malgrado o entendimento que vem se firmando nas mais altas Cortes de Justiça da Nação, entendo inteiramente aplicável a norma referida, o que obriga à fixação do regime inicial mais severo.

Acrescento a tudo que (i) a quantidade da pena aplicada (superior a 4 anos de prisão) impede, por si só, a aplicação de penas alternativas e (ii) que a quantidade expressiva das drogas e também a natureza altamente nociva de uma delas (refiro-me ao crack), por revelar alta reprovabilidade da conduta, justificam o rigor adotado no escarmento (fls. 36/39) (grifou-se).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na espécie, verifica-se que não há ilegalidade a ser sanada, porquanto foi mantido o regime inicial fechado pela Corte de origem não apenas em razão da hediondez do delito, mas levando-se em consideração elementos concretos dos autos.

Com efeito, embora a "natureza altamente nociva" de um dos entorpecentes apreendidos não seja suficiente para ensejar a fixação do regime mais gravoso, porquanto não significativa a quantidade apreendida – 1,9 g de *crack* –, verifica-se que o Tribunal *a quo* salientou, ainda, a quantidade da outra substância entorpecentes envolvida na empreitada criminosa – 459,2g de maconha (fl. 9) –, o que configura motivação idônea à imposição do regime inicial mais severo.

É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/06, no sentido de que o juiz "na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

Não há falar, pois, em constrangimento ilegal. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA.

1. Não há falar em bis in idem, tendo em vista que o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 foi afastado, no caso, em razão da conclusão de que o paciente possuiria elo com facções criminosas. A tese recursal de que não haveria respaldo probatório para a conclusão adotada no sentido de que o agravante teria envolvimento com organização criminosa, para ser acolhida, demandaria ampla dilação em fatos e provas, o que não se harmoniza com o rito do habeas corpus, de cognição sumária.

2. Regime fechado mantido e devidamente fundamentado ao se considerar a quantidade, diversidade e natureza das substâncias entorpecentes apreendidas (800 g de maconha, 380 g de cocaína e 342 g de crack).

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 389.816/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/05/2017, DJe 11/05/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL. TRIBUNAL QUE APLICOU O REGIME FECHADO EM RAZÃO DA NATUREZA, DIVERSIDADE E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME MAIS GRAVOSO MANTIDO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

- O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, 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.

- Na hipótese, como bem destacado pelo Tribunal a quo, tendo em vista a diversidade, natureza e considerável quantidade de droga apreendida, recomendável a fixação do regime inicial 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 382.307/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 10/03/2017)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. 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. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

3. Concluído pelo Tribunal de origem, com base na expressiva quantidade e na natureza de droga apreendida (171 porções de crack) que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, a modificação desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. (Precedentes).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o art. 42 da Lei de Drogas.

5. Embora o paciente seja primário e a pena aplicada seja de 5 anos e 10 meses de reclusão, o regime fechado é o adequado para prevenção e reprovação do delito, diante da quantidade e da natureza de droga apreendida. (Precedente)

6. 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.

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 382.243/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 23/02/2017)

Assim, embora a reprimenda final seja igual a 5 anos de reclusão, penso ser necessária uma resposta penal mais efetiva, como forma de retribuição proporcional à gravidade da conduta, porquanto as circunstâncias do caso em testilha, em especial a quantidade de uma das substâncias entorpecentes envolvidas na empreitada criminosa – 459,2 g de maconha (fl. 9) –, demonstram que regime inicial mais brando não seria suficiente para a reprovação e a prevenção do delito em comento.

Ante o exposto, **denego a ordem**.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0155068-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 405.668 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00001192420168260608 1192420168260608

EM MESA

JULGADO: 10/10/2017

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

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

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: GUILHERME PEREIRA NASCIMENTO
ADVOGADO	: GUILHERME PEREIRA NASCIMENTO - SP269210
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: FELIPE FERNANDO SILVA MENDES FLAUSINO
PACIENTE	: DAIANE ALVES DE MORAIS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, denegou a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.