



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 413.244 - SP (2017/0209848-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : IUSCIA DUTRA BARBOZA - RS082003
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSE GABRIEL MARQUES PRESTES (PRESO)

EMENTA

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 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 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.

– Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

– No julgamento dos EREsp 1431091/SP, a Terceira Seção desta Corte pacificou o entendimento segundo o qual *é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica às atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, §4º, da*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Lei 11.343/06.

– Na espécie, infere-se que a Corte local conferiu legalidade ao não reconhecimento do privilégio, ao fundamentar que o paciente dedica-se às atividades criminosas, ante o processo em curso a que responde também pelo delito de tráfico, entendimento que se alinha à jurisprudência desta Corte. Modificar tal conclusão requer o revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do *habeas corpus*. Precedentes.

– 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 necessária 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.

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 05 de outubro de 2017(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 413.244 - SP (2017/0209848-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : IUSCIA DUTRA BARBOZA - RS082003
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSE GABRIEL MARQUES PRESTES (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JOSE GABRIEL MARQUES PRESTES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0000225-97.2016.8.26.0571.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado, pelo Juízo de primeiro grau, por infração ao art. 33 da Lei n. 11.343/2006, às penas de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, além de 500 dias-multa, nos termos da sentença de fls. 12/23.

Irresignada, a defesa interpôs apelação e o Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso, conforme acórdão de fls. 22/36.

Na presente impetração, a defesa aponta a existência de constrangimento ilegal, em razão da dosimetria realizada pelas instâncias ordinárias, ao fundamento de que o paciente faz jus à aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, pois os *desembargadores julgadores o condenaram por tráfico, mas deixaram de aplicar o redutor do §4º do art. 33 da Lei de Drogas, não obstante o paciente seja primário, sem maus antecedentes e não haja provas de que se dedique às atividades criminosas e nem que integre organizações criminosas* (fl. 3). Aduz, ainda, que o direito subjetivo da redução de pena (de 1/6 a 2/3) do acusado foi negado somente porque ele está sendo acusado em outro processo, o que, segundo a 4ª Câmara Criminal Extraordinária do TJSP, gera a presunção (evidentemente contrária ao constitucional *in dubio pro reo*) de que o acusado se dedicava a atividades criminosas (fl. 5).

Uma vez reduzida a pena, aponta que deve ser fixado o regime inicial mais brando, nos termos dos parâmetros previstos no art. 33 do CP e do disposto nos enunciados



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

440 da Súmula desta Corte e 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, bem como substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Diante disso, pede, liminarmente e no mérito, que seja reduzida a pena aplicada ao paciente, fixado regime inicial mais brando e substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Pedido liminar indeferido (fls. 57/59).

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela denegação da ordem, caso conhecida (fls. 64/69).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 413.244 - SP (2017/0209848-0)

VOTO

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

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpra analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Quarta Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Como já consignado no relatório, busca-se a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, a fixação de regime prisional mais brando e a aplicação do art. 44 do CP em favor do paciente.

A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

No caso, o sentenciante, após as considerações acerca da materialidade e autoria, condenou o ora paciente pela prática do crime previsto no art. 33 da Lei n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006. A pena-base foi estabelecida no mínimo legal - 5 anos de reclusão. Na segunda fase, mesmo presentes as atenuantes da confissão e da menoridade, a pena não sofreu alteração, ante o óbice da Súmula n. 231/STJ. Por fim, a pena restou fixada definitivamente em 5 anos de reclusão, pois ausentes causas modificativas. Na ocasião, não foi reconhecida a causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 com lastro na seguinte fundamentação (fl. 21):

O réu não faz jus a causa de diminuição de pena pois está respondendo a outro feito por tráfico de drogas, o que evidencia que se dedica a atividades criminosas, não fazendo jus a benesse.

O Tribunal de origem, por seu turno, ao negar provimento ao apelo defensivo, manteve íntegra a sentença e, quanto à não aplicação do privilégio, o voto condutor do acórdão recorrido consignou que (fls. 47/51):

Nesse ponto, não merece prosperar o pedido defensivo de aplicação do redutor, previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Ausentes causas modificadoras, não se podem ver como satisfeitos os requisitos para a aplicação do redutor legalmente previsto (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006). O favor legal deve beneficiar aquele nunca antes envolvido com qualquer empreitada criminosa, hipótese que não se identifica com a destes autos. Em verdade, as circunstâncias em que a droga foi apreendida podem constituir o amparo probatório para o magistrado reconhecer a dedicação do réu à atividade criminosa (RHC nº 116.926/DF, rel. Min. Luiz Fux, j. em 20.8.2013).

Inviável, a aplicação dessa benesse, para traficante ocasional, pelas circunstâncias em que se deu o flagrante, além da quantidade e natureza do entorpecente (26 eppendorf contendo cocaína), sendo possível concluir pela existência de alto grau de envolvimento e dedicação do réu com a criminalidade, inclusive está respondendo a outro feito por tráfico de drogas, o que afasta os requisitos subjetivos necessários para o reconhecimento e aplicação da benesse.

Lembro, por oportuno, que não se olvida aqui o teor da Súmula 444 do STJ. Mas não é o caso dos autos, porquanto atingiu-se a premissa maior do princípio da individualização das penas, pois, acertadamente, considerou como mais grave a conduta de José Gabriel, uma vez que ele já suportara o peso de ações penais, inclusive em relação a mesma natureza de delito praticado nestes autos, o de tráfico de entorpecentes.

Ora, hipoteticamente, ainda que o réu seja considerado primário, é certo que ele só teria bons antecedentes, se não apresentasse



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

qualquer conduta repreensível, social, laboral ou familiar, tais como, por exemplo, envolvimento em fatos que não ensejam a perseguição penal, o que, como já dito anteriormente, não é o caso do réu, considerando que está respondendo a outro feito pelo mesmo delito aqui relatado.

O presente posicionamento faz valer, efetivamente, o princípio da individualização da pena, porquanto, é sensato punir com mais rigor aqueles indivíduos que possuem investigações criminais, inquéritos, medidas cautelares, processos penais dentre outras possibilidades, do que tratá-los igualmente àquelas pessoas que não possuem qualquer registro, privilegiando, assim, o cidadão de bem eventualmente envolvido em um delito.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, apontou mudança no seu entendimento, pois no julgamento dos habeas corpus nº 94.620 e 94.680, que haviam sido sobrestados para aguardar a decisão da repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 591.054, a maioria dos ministros (6 a 4) mostrou que não concorda mais com a tese de que inquéritos policiais e ações penais em curso não podem ser considerados como maus antecedentes para a dosimetria das penas, antecipando que, em um próximo julgamento, deverá rever tal jurisprudência.

Por fim, anoto que o réu não teve a sua pena aumentada em razão desse outro processo de tráfico de drogas, pelo qual está respondendo, mas apenas, deixou corretamente o Magistrado de beneficiá-lo com o redutor previsto na Lei de Drogas, aliás, diga-se de passagem, não é uma obrigação do Juiz aplicá-lo, mas sim, uma faculdade.

Reitere-se: a Lei de Drogas faculta (grifo nosso) ao magistrado sem obrigar a concessão do redutor, estando ele livre ainda para estabelecê-lo no patamar que entender adequado, diante da análise do caso concreto, respeitando-se o princípio da individualização da pena. E no caso não cabia a aplicação da benesse em razão das características do crime apurado, que se revelou típico de quem se dedica às atividades criminosas, deixando, assim, de preencher um dos requisitos do citado dispositivo.

Ora, ainda que não se tenham provas exatas, inconcussas, sobre a organização criminosa à qual pertencia, evidente que para vender e negociar drogas em qualquer lugar, o acusado deveria necessariamente estar inserido na estrutura da criminalidade estabelecida naquela região, ressabido que não há, ainda, “livre concorrência” na venda de drogas. E não se trata aqui de suposição ou mera conjectura, pois é de conhecimento público a disputa de pontos de venda de drogas entre organizações criminosas rivais. Notório que a atividade da traficância assumiu características de negócio, sendo hoje fonte de renda do crime organizado, até porque os responsáveis pela estruturação da venda de drogas controlando as etapas de produção, transporte e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acondicionamento não confiariam a entrega a consumidor final a uma pessoa que não gozasse da confiança deles, ou que não tivesse com eles algum vínculo (grifo nosso).

Portanto, pelos motivos acima expostos, o recorrente não faz jus ao benefício do redutor, devendo a pena ser mantida no patamar fixado em Primeiro Grau.

Sabe-se que, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, 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 organização criminosa.

Por outro lado, nos termos da jurisprudência desta Corte, a existência de inquéritos e ações penais em andamento, embora não maculem os antecedentes criminais do acusado, por expressa disposição da Súmula 444 do STJ, constituem fundamento válido a evidenciar a dedicação às atividades criminosas (AgRg no HC 331.651/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 16/03/2017, DJe 23/03/2017).

Nessa linha, a Terceira Seção desta Corte, no julgamento dos EREsp n. 1431091/SP, consolidou o mesmo entendimento retromencionado, cuja ementa transcrevo:

PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ARTIGO 33, §4º, DA LEI 11.343/06. REQUISITOS CUMULATIVOS. DEDICAÇÃO ATIVIDADE CRIMINOSA. UTILIZAÇÃO INQUÉRITOS E/OU AÇÕES PENAIIS. POSSIBILIDADE. PROVIMENTO DO RECURSO.

I - O benefício legal previsto no §4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 pressupõe o preenchimento pelo Réu de todos os requisitos cumulativamente, sendo eles: i) primariedade; ii) bons antecedentes; iii) não dedicação em atividade criminosa; iv) não integrar organização criminosa.

II - O crime de tráfico de drogas deve ser analisado sempre com observância ao mandamento constitucional de criminalização previsto no artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal, uma vez que se trata de determinação do constituinte originário para maior reprimenda ao delito, atendendo, assim, ao princípio da vedação de proteção deficiente.

III - Assim, é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica à atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06

IV - In casu, o Tribunal de Justiça afastou a causa de diminuição de pena mencionada em virtude de o Réu ostentar condenação por tráfico de drogas não transitada em julgado, considerando que ele se dedica à atividade criminosa por não desempenhar atividade lícita, bem como porque "assim que saiu da cadeia, voltou a praticar o mesmo delito".

Embargos de divergência providos para prevalecer o entendimento firmado no acórdão paradigma, restabelecendo o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça. (EREsp 1431091/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/12/2016, DJe 01/02/2017) - grifei.

Na espécie, pela leitura dos excertos acima transcritos, infere-se que a Corte local conferiu legalidade ao não reconhecimento do privilégio, ao fundamentar que o paciente dedica-se às atividades criminosas, ante o processo em curso a que responde também pelo delito de tráfico de entorpecentes e pela quantidade e nocividade da droga apreendida (26 *eppendorfs de cocaína*), entendimento que se alinha à jurisprudência desta Corte.

Assim, tendo havido fundamentação concreta, pelo Tribunal local, para não aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, concluo que, para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que o paciente não se dedica às atividades criminosas, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução probatória, o que, como cediço, é vedado na via estreita do *habeas corpus*, de cognição sumária.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33 DA LEI 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 ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS E



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRIMARIEDADE QUE ENSEJAM O REGIME INICIAL SEMIABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

- Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

- No julgamento dos EREsp 1431091/SP, a Terceira Seção desta Corte pacificou o entendimento segundo o qual é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica às atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06.

- Na espécie, infere-se que a Corte local conferiu legalidade ao não reconhecimento do privilégio, ao fundamentar que o paciente dedica-se às atividade criminosas, ante os processos em curso a que responde e pelo fato de não ter comprovado ocupação lícita, entendimento que se alinha à jurisprudência desta Corte. Modificar tal conclusão requer o revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus. Precedentes.

(...)

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para modificar o regime de cumprimento da pena para o inicial semiaberto, mantidos os demais termos da condenação. (HC 371.056/SP, deste Relator, QUINTA TURMA, julgado em 02/05/2017, DJe 05/05/2017) - grifei.

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. RERFORMATIO IN PEJUS. INOCORRÊNCIA. FUNDAMENTO ACRESCIDO EM SEDE DE APELAÇÃO. POSSIBILIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE RESPONDE A OUTRAS AÇÕES PENAIAS. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. RÉU PRIMÁRIO. MODO SEMIABERTO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, 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.

4. A existência de outros processos criminais, pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), podem afastar a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando permitem concluir que o agente é habitual na prática delitiva. Precedentes.

5. Hipótese em que a instância antecedente negou, motivadamente, a aplicação do redutor diante da comprovada habitualidade delitiva do paciente, evidenciada na existência de outras ações penais em curso pelos delitos de porte ilegal de armas e de lesão corporal. Logo, 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.

(...)

8. Habeas corpus não conhecido. (HC 397.292/PB, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017) - grifei.

Por oportuno, inalterada a pena corporal, inviável o acolhimento do pedido de sua substituição por medidas restritivas de direitos, uma vez que o montante da pena não atende ao requisito objetivo previsto no art. 44, I, do CP.

Quanto ao regime prisional, sabe-se que 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.

O regime de cumprimento de pena mais gravoso até pode ser estabelecido, mas, para tanto, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:

Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Nesse mesmo sentido, as Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, *in verbis*:

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Na espécie, o sentenciante estabeleceu o regime inicial fechado, o qual foi mantido pela Corte local, com base nos seguintes fundamentos:

Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos por restarem não atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal; o regime de cumprimento fixado para o tráfico de entorpecentes, e a própria natureza do delito, que é móvel de grande parte de outros crimes cometidos para a manutenção do vício, impedem a concessão da benesse por restar desatendido o inciso III do dispositivo legal retro mencionado. Pelas mesmas razões, resta desatendido o inciso II do art. 77 do Código Penal, inviabilizando a suspensão condicional da pena. Fixo, como regime inicial de cumprimento de pena, observadas as colocações feitas por ocasião da não substituição da pena privativa, o REGIME FECHADO, único que se mostra compatível com a gravidade do delito e sua potencialidade lesiva (fl. 22 - sentença).

Também não merece prosperar o pedido defensivo de modificação de regime prisional, buscando a fixação de regime inicial semiaberto. No caso em tela, é indiscutível que para o crime de tráfico, o regime adequado é o fechado.

O regime inicial de cumprimento escolhido foi o mais rigoroso, fechado, único cabível na hipótese ainda que não fosse pelo quantum das penas e lembradas a reprovabilidade da conduta e a hediondez do crime (Lei nº 11.464/2007). Outro nem seria recomendável, a teor do disposto nos artigos 33 e 59 do Código Penal e obedecidos os princípios da necessidade e suficiência.

Embora se lembre aqui a decisão do Pleno da c. Suprema Corte declarando a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º, da Lei de Crimes Hediondos, que previa o cumprimento da pena corporal em regime inicialmente fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados (HC nº 111.840/ES, rel. Min. Dias Toffoli, j. em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

14.6.2012), importa consignar que tal declaração deu-se incidentalmente, sem efeito erga omnes. E em verdade, o que lá se decidiu foi que se deveria afastar a obrigatoriedade de início do cumprimento de pena no regime fechado para aqueles que preenchem todos os demais requisitos previstos no artigo 33, §§ 2º, b, e 3º, do Código Penal.

E com efeito, pois nos casos de tráfico, em face do bem jurídico protegido e observado o disposto no artigo 42 da Lei nº 11.343/06, quanto maior a capacidade de viciar da droga em abstrato, maior a reprovabilidade, e como já se decidiu, o regime fechado é o único que se mostra suficiente para atingir a função preventiva específica da pena, que é inibir a prática de novas ações delituosas, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal (Apelação nº 0070508-98.2012.8.26.0050, rel. Lauro Mens de Mello, j. em 18.12.2014).

Assim, a modalidade menos severa para o cumprimento da pena mostra-se insuficiente e inadequada à repressão do delito, mantendo-se o regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda (fls. 51/53 - acórdão).

Da leitura dos excertos acima transcritos, constata-se que, embora o paciente seja tecnicamente primário e a pena de 5 anos de reclusão comporte o regime inicial semiaberto, 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.

Por outro lado, a despeito de o caso envolver entorpecente de alto poder nocivo (*cocaína*), a pequena quantidade apreendida (*26 eppendorfs, pesando 9,11g*) não justifica a fixação do regime inicial fechado. Portanto, considerando a valoração 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, cabível, na espécie, o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PACIENTES CONDENADOS À PENA CORPORAL DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. TRIBUNAL LOCAL QUE, EM SEDE DE RECURSO DA ACUSAÇÃO, EXCLUIU A APLICAÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE OS PACIENTES DEDICAM-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. MONTANTE DA PENA QUE NÃO PERMITE O BENEFÍCIO. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS E PRIMARIEDADE 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, considerando o montante da pena de 5 anos de reclusão, a primariedade dos acusados e a pequena quantidade das drogas apreendidas, deve ser fixado, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006, o regime semiaberto para início de cumprimento da pena. Precedentes.**

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para, confirmando a liminar deferida, modificar o regime de cumprimento da pena para o inicial semiaberto, mantidos os demais termos da condenação. (HC 391.074/SP, deste Relator, QUINTA TURMA, julgado em 04/05/2017, DJe 10/05/2017) - grifei.

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

REGIME INICIAL FECHADO DETERMINADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DOS DELITOS. ELEMENTOS PRÓPRIOS DO TIPO PENAL VIOLADO. DESCABIMENTO. ENUNCIADOS 718 E 719 DA SÚMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Nos termos dos verbetes 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, a opinião do julgador acerca da gravidade abstrata do delito não constitui motivação idônea a embasar o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

encarceramento mais severo do sentenciado.

2. No caso dos autos, o regime fechado foi fixado e mantido com base apenas na gravidade abstrata dos crimes de tráfico de drogas e de associação para o tráfico adotando-se elementos próprios dos ilícitos em questão, o que não é suficiente para justificar o regime mais severo de execução.

(...)

2. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena imposta ao paciente. (HC 392.153/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 01/06/2017, DJe 07/06/2017) - grifei.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem de ofício**, apenas para modificar o regime de cumprimento da pena do paciente para o inicial semiaberto, mantidos os demais termos da condenação.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0209848-0

HC 413.244 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00002259720168260571 2016000858 20170000288605 2259720168260571

EM MESA

JULGADO: 05/10/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : IUSCIA DUTRA BARBOZA - RS082003
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSE GABRIEL MARQUES PRESTES (PRESO)

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.