



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 366.960 - SP (2016/0213638-2)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CAMILA GALVÃO TOURINHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELISANGELA DOS SANTOS LIMA

EMENTA

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

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedente.

2. Contudo, o alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS. NÃO PREENCHIMENTO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES ILÍCITAS. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA.

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

2. Revela-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição, tendo em vista que as circunstâncias do caso levaram à conclusão de que a paciente se dedicaria a atividades criminosas.

REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME. ELEVADA QUANTIDADE E NOCIVIDADE DAS SUBSTÂNCIAS APREENDIDAS. MODO MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

1. A teor da jurisprudência reiterada deste Sodalício, a escolha do regime prisional inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao *quantum* da pena firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso versado.

2. Na espécie, a reprovabilidade do delito, evidenciada pelas circunstâncias do caso concreto, diante da considerável quantidade, nocividade e forma de acondicionamento dos entorpecentes apreendidos, justificam a imposição do modo fechado.

REPRIMENDA RECLUSIVA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PENA DEFINITIVA SUPERIOR A 4



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(QUATRO) ANOS. IMPOSSIBILIDADE. BENEFÍCIO OBJETIVAMENTE INVIÁVEL.

1. A substituição da sanção reclusiva por restritivas de direito é possível quando se encontram preenchidos os requisitos subjetivo e objetivo previstos no art. 44 do Código Penal.

2. *In casu*, a pena foi estipulada em patamar superior a quatro anos de reclusão, o que impede a conversão da reprimenda em restritiva de direitos, por não restar atendido o requisito objetivo previsto no art. 44, inciso I, do CP.

DETRAÇÃO PENAL. CÔMPUTO DO TEMPO DA PRISÃO PROVISÓRIA PARA FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL. ART. 387, § 2º, DO CPP. QUESTÃO NÃO DISCUTIDA NO ARESTO COMBATIDO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. Não há como se conhecer do *mandamus* no ponto em que pretende a consideração do tempo de prisão cautelar na fixação do regime inicial, nos termos do art. 387, § 2º, do CPP, visto que a questão não foi objeto de exame pelo Tribunal apontado como coator, sob pena de indevida supressão de instância.

2. *Habeas Corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de abril de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 366.960 - SP (2016/0213638-2)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CAMILA GALVÃO TOURINHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELISANGELA DOS SANTOS LIMA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de ELISANGELA DOS SANTOS LIMA contra acórdão proferido pela 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que proveu a Apelação n. 0003006-47.2012.8.26.0405 para, afastado o redutor especial, redimensionar a pena para 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, pela prática do crime descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

Noticia a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que seria possível a redução da reprimenda em seu grau máximo, haja vista o preenchimento dos requisitos legais, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

Defende que, restabelecida a pena, necessária a alteração do regime inicial para o aberto.

Entende ser devida a detração penal, computando-se o tempo de prisão provisória.

Requer a concessão da ordem constitucional para que seja redimensionada a pena e mitigado o regime prisional.

A liminar foi indeferida. Informações Prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento da impetração, mas pela concessão parcial da ordem para que o Tribunal estadual se manifeste acerca do regime inicial analisando as circunstâncias do caso concreto.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 366.960 - SP (2016/0213638-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105 da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS DROGAS QUE JUSTIFICAM O PATAMAR. PRECEDENTES. REGIME SEMIABERTO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. RAZOÁVEL QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. 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.

[...]

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 380.207/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 24/02/2017)

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Infere-se dos autos que a paciente foi condenada à pena de 1 (um) anos e 8 (oito) meses de reclusão, no regime fechado, e pagamento de 165 (cento e sessenta e cinco) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, porque:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"[...] no dia 24 de janeiro de 2012, por volta das 00:00 horas, a ré guardava e trazia consigo, para entrega a consumo de terceiros, 165 porções de maconha pesando 227,0 gramas; 188 porções de cocaína, pesando 120,0 gramas; e 254 porções de crack, pesando 71,0 gramas." (e-STJ fls. 21/22).

Inconformado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de origem, o qual lhe deu provimento para afastar o redutor especial previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, redimensionando a pena para 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

No que se refere ao sustentado constrangimento ilegal decorrente do decote da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, verifica-se que o Tribunal *a quo* afastou a referida benesse, sob o seguinte fundamento:

"A variedade, quantidade e forma de acondicionamento são incompatíveis com a traficância ocasional, bem como com a posse para consumo pessoal, mormente quando aliados às demais provas coligidas.

A diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 é para casos especialíssimos, tendo como intuito beneficiar os infratores que agiram ocasionalmente, sendo primários, de forma que não integram organização criminosa ou se dedicam à atividade criminosa.

A ré não comprovou o exercício de atividade laboral lícita, nem a origem do dinheiro apreendido. Tinha consigo e guardava grande quantidade de três tipos de entorpecentes, 165 porções de maconha com 227,0 gramas; 188 porções de cocaína pesando 120,0 gramas; e 254 porções de crack pesando 71,0 gramas, circunstâncias que demonstram que fazia da traficância meio de vida e de eventual custeio do próprio vício.

A dedicação da ré à atividade criminosa evidencia que não fazia ela jus à concessão da benesse, que fica afastada, impondo a correção das reprimendas." (e-STJ fls. 23/24)

Sabe-se que o § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 dispõe que para o crime de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparadas as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; **c) não se dedique às atividades criminosas**; e d) não integre organização criminosa.

No caso em apreço, nota-se que o Tribunal *a quo* afastou a incidência da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

minorante com base na variedade, na quantidade e na forma de acondicionamento do entorpecente apreendido - 227 gramas de maconha; 120 gramas de cocaína e 71 gramas de crack, (e-STJ fl. 24), a evidenciar seu envolvimento com atividades criminosas.

Desta forma, não se pode dizer que o Tribunal de origem incidiu em constrangimento ilegal, pois, entendendo que a paciente não satisfazia as exigências para a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, fundamentadamente rechaçou a sua incidência *in casu*.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DAS DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

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 na origem está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior, firmada no sentido de que a considerável quantidade, a variedade e a natureza das drogas apreendidas, 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 dos pacientes 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. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 os pacientes sejam primários, a variedade, a quantidade e a natureza das drogas apreendidas - 48 porções de crack, 70 porções de maconha e 169 tubos eppendorf de cocaína - utilizadas na terceira fase da dosimetria, para afastar a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º da Lei de Drogas, justificam a fixação do regime prisional mais gravoso.

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 375.681/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 24/02/2017)

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE INTEGRAVA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. NATUREZA, QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. Pelo princípio da non reformatio in pejus, o recorrente tem o direito de não ter sua situação agravada, direta ou indiretamente, quando se tratar de recurso exclusivo. Ressalvado meu entendimento pessoal sobre a matéria, em julgados recentes, a Sexta Turma tem decidido no sentido de que não fere o princípio em comento a adoção pelo Tribunal de motivação própria sobre as questões jurídicas ampla e contraditoriamente debatidas no juízo a quo, não se tratando de inovação indevida, desde que não agravada a situação do réu.

3. In casu, o Tribunal afastou a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 por entender que o paciente integrava organização criminosa, tendo em vista a quantidade, natureza e variedade das drogas apreendidas - 21 pedras de crack, 20 buchas de cocaína e 16 tijolos de maconha - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006). Escorreito o afastamento da benesse, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art.33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

4. Devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial fechado, em razão da natureza, quantidade e variedade da substância entorpecente apreendida (art. 42 da Lei n.º 11.343/06) -, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

5. Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, tendo em vista que o réu não preenche o requisito objetivo (quantum de pena), nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 362.540/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 24/08/2016)

No que se refere ao regime inicial de execução da pena, verifica-se que o Colegiado *a quo*, no apelo interposto, manteve o modo prisional mais gravoso em aresto assim proferido, a saber:

"Fica mantido o regime inicial fechado, único adequado em face do princípio da suficiência penal, mormente porque se trata de delito equiparado a hediondo (Súmula 512 do STJ), que enseja maior repressão e reprovação, por ser verdadeiro flagelo da sociedade hodiernamente.

Conquanto as penas básicas tenham sido fixadas no patamar mínimo legal, a conduta revestiu-se de especial reprovabilidade diante da grande quantidade e do tipo de droga comercializado, "crack" e cocaína, substâncias de alto poder viciante circunstâncias que demonstram o dolo intenso na conduta, justificando a imposição do regime mais severo.

Anote-se que o regime aberto é incompatível com a infração de tráfico de drogas, que se tornou uma das grandes pragas modernas a atormentar a sociedade, mormente no Brasil, antes país de passagem da droga para o exterior, sendo hoje um dos países com grande número de traficantes, passando a droga a ser utilizada aqui, sendo exemplo disso que 70% dos processos em julgamento nas sessões ordinárias dessa E. Câmara, sempre em número superior a 200 feitos, são referentes a tráfico de drogas.

Assim, transformando-se o tráfico num dos verdadeiros cancros da atualidade, envolvendo jovens e desagregando famílias, deve ele ser combatido com rigor, rigor este que só se encontra presente na imposição do regime fechado para o traficante.

Ademais, não pode o julgador ter seu olhar voltado para as estrelas, mas deve ser homem do seu tempo, que não ignora que a leniência com o tráfico destrói famílias, jogando usuários e viciados na sarjeta, bem como incrementa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

roubos, latrocínios, furtos e homicídios." (e-STJ fls. 24/25) .

Acerca do tema, cumpre salientar que, a teor da jurisprudência reiterada deste Sodalício, a escolha do regime inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao *quantum* da pena corporal firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso concreto, especialmente o contido no art. 59 do CP.

Assim, não se pode considerar ilegal o acórdão impugnado no ponto em que deixou de fixar regime prisional diverso do fechado, pois, embora a reprimenda tenha sido definitivamente estabelecida em patamar inferior a 08 (oito) anos de reclusão, as circunstâncias do caso concreto, evidenciadas pela **expressiva quantidade, nocividade e forma de acondicionamento dos entorpecentes apreendidos - 165 porções, pesando 227 g de maconha, 188 porções, pesando 120 g de cocaína e 254 porções, pesando 71 g de crack (e-STJ fl. 23)**, que indicam a maior reprovabilidade da conduta praticada, justificando a necessidade de uma repressão mais severa.

Correta, portanto, a imposição do regime prisional mais gravoso, nos termos em que apresentados, os quais corroboram, inclusive, ser este o único apto à prevenção e à repressão do delito denunciado no caso concreto, consoante o disposto no art. 33 do Código Penal.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

2. Nos termos da Súmula 440 do STJ e das Súmulas 718 e 719 do STF, o regime de cumprimento de pena mais gravoso pode ser estabelecido, desde que acompanhado da devida fundamentação.

3. In casu, não há razões para flexibilizar o regime estabelecido, à luz do art. 33 do Código Penal, pois o juiz sentenciante, acompanhado pelo Tribunal a quo, fixou o regime inicialmente fechado com fundamento no art. 33, § 3º, do Código Penal, tendo sido ressaltada a "considerável quantidade de droga apreendida" (e-STJ, fl. 42).

4. A despeito de ter sido condenado à pena de 5 anos de reclusão e 6 meses de reclusão, a quantidade, a variedade das drogas apreendidas em poder do paciente - considerada na primeira fase da dosimetria da pena, consoante já referido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(400g de cocaína e 41,8g de maconha) - configuram circunstância judicial desfavorável que torna possível a fixação do regime inicial fechado, consoante dispõem os arts. 33, §§ 2º e 3º, e 59, ambos do Código Penal.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 362.799/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 26/10/2016)

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. REGIME FECHADO. FUNDAMENTOS CONCRETOS.

1. O Tribunal de Justiça, ao analisar as circunstâncias dos autos - quantidade e natureza da droga, balança de precisão e certa quantia em dinheiro - afirmou que o acusado se dedicava a atividade criminosa.

2. Esta Corte Superior tem reiteradamente decidido, em observância ao disposto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, que havendo demonstração de que o paciente se dedica à atividade criminosa, mostra-se inaplicável a minorante em questão.

3. As instâncias ordinárias apresentaram fundamentação concreta para a fixação do regime fechado (circunstância judicial negativa (consequências do crime - fl. 206), evidenciada pela apreensão de expressiva quantidade e diversidade de entorpecentes (665,32 g de maconha, 9 comprimidos de ecstasy e 41 micropontos de LSD).

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 382.406/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 15/03/2017)

Nesse contexto, verifica-se que a fixação do modo prisional fechado, mantida pelo Tribunal apontado como coator, encontra-se devidamente justificada, não havendo ilegalidade a reparar.

Em relação à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, não há falar em constrangimento ilegal, pois a pena foi estabelecida definitivamente em patamar superior a 4 (quatro) anos, pelo que inviável a permuta, visto que não preenchido o requisito objetivo exigido pelo art. 44 do CP.

Acerca do tema, o seguinte julgado deste Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. (2.190 G DE COCAÍNA). DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). REQUISITOS. VERIFICAÇÃO. INVIABILIDADE. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MÍNIMO LEGAL. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

1. A análise de que a exasperação da pena-base seria descabida, pois desproporcional à quantidade de drogas apreendidas, demandaria o reexame de matéria fático-probatória, providência inviável em recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

2. O Tribunal de origem afirmou expressamente não estarem preenchidos os requisitos para que o recorrente se beneficiasse da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, pois se dedicava a atividades criminosas. Para rever a conclusão, necessário seria o reexame de provas, inviável em recurso especial.

3. Fixada a reprimenda em patamar superior a 4 anos, é inviável o pleito de substituição, por ausência do requisito objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal.

4. Inexiste ilegalidade na fixação do regime inicial fechado, pois estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, em razão da quantidade e natureza da droga apreendida.

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 382.311/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2015, DJe 28/05/2015)

No que diz respeito à detração penal, observa-se que a Corte estadual não dirimiu referida matéria, quando do julgamento da apelação, o que torna inviável sua análise diretamente por este Sodalício para não incorrer na indevida supressão de instância.

Nesse viés:

PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. FALTA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR PÚBLICO. NULIDADE RECONHECIDA. DETRAÇÃO. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

3. O Tribunal a quo não exerceu cognição sobre a questão da detração, razão porque inviável a apreciação do tema por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância e alargamento inconstitucional da hipótese de competência do Superior Tribunal de Justiça para julgamento de habeas corpus, constante no art. 105, I, "c", da Constituição da República.

4. Recurso em habeas corpus parcialmente conhecido e provido para reconhecer a ausência de intimação pessoal da Defensoria Pública e a tempestividade dos embargos declaratórios, determinando o seu recebimento pelo Juízo de primeira instância. (RHC 61.233/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 28/09/2016)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, não se conhece do *writ*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0213638-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 366.960 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00030064720128260405 20150000566068 30064720128260405

EM MESA

JULGADO: 04/04/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CAMILA GALVÃO TOURINHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELISANGELA DOS SANTOS LIMA

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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.