



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 477.867 - SP (2018/0295631-2)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : LAZARO GUSTAVO RODRIGUES LOPES
ADVOGADO : LAZARO GUSTAVO RODRIGUES LOPES - SP0343362
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KAMILA CRISTINA RIBEIRO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E RESISTÊNCIA. PENA-BASE DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO MOTIVADA PELA EXPRESSIVA QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO COM BASE EM CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM DEDICAÇÃO HABITUAL À TRAFICÂNCIA, INCLUSIVE A QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. AUSÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. REGIME INICIAL FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 E QUE NÃO EXCEDE 8 ANOS DE RECLUSÃO. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS, SOPEADA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. INVIABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção do 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. Não ocorre *bis in idem* quando o julgador fixa a pena-base acima do mínimo legal em razão da quantidade das drogas apreendidas e afasta o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação do agente a atividades criminosas, evidenciada pelas circunstâncias que envolveram a prática delitiva, com destaque para a quantidade expressiva de entorpecentes apreendidos.

3. Hipótese em que a quantidade da droga apreendida, apesar de embasar a exasperação da pena-base, não foi utilizada para definir o patamar da fração redutora, mas sim como um dos elementos de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

convicção para concluir que a paciente traficava com habitualidade e, conseqüentemente, não preenche um dos requisitos previstos no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, qual seja, não se dedicar a atividades criminosas.

4. O STF, ao julgar o HC n. 111.840/ES, assentou que inexistia 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, do Código Penal.

5. A valoração negativa da quantidade de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação de regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso. Precedentes.

6. No caso, embora a paciente seja primária, condenada a pena privativa de liberdade superior a 4 e que não excede 8 anos de reclusão, as circunstâncias do crime – expressiva quantidade de entorpecentes apreendidos –, sopesadas na primeira fase da dosimetria, é circunstância idônea e suficiente para o recrudesimento do regime prisional, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

7. Mantida a condenação em patamar superior a 4 anos de reclusão, resulta inviável a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos.

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, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de fevereiro de 2019(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 477.867 - SP (2018/0295631-2)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : LAZARO GUSTAVO RODRIGUES LOPES
ADVOGADO : LAZARO GUSTAVO RODRIGUES LOPES - SP0343362
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KAMILA CRISTINA RIBEIRO (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de KAMILA CRISTINA RIBEIRO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0000027-97.2017.8.26.0612).

Consta dos autos que a paciente foi condenada, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 6 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, acrescida de 4 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, por incursa nas sanções do art. 35, *caput*, do mesmo estatuto, além de 2 meses de detenção, em regime aberto, pelo cometimento do delito constante do art. 329 do Código Penal, todos em concurso material (e-STJ fls. 25/43).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi parcialmente provido para absolver a paciente da prática do crime de associação para o tráfico, mantidas inalteradas as penas aplicadas aos crimes remanescentes e os respectivos regimes prisionais (e-STJ fls. 46/57). Segue a ementa do acórdão:

*APELAÇÃO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES
RESISTÊNCIA CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO
CARACTERIZADO PRELIMINAR REJEITADA MÉRITO - AUTORIA
E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS ASSOCIAÇÃO PARA FINS
DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES PROVA
INSUFICIENTE DOSIMETRIA PENAL E REGIME PRISIONAL
ADEQUADOS RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.*

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 3/18), o impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal à paciente, pois a natureza e a quantidade dos entorpecentes foram utilizados para exasperar a pena-base e para motivar a não aplicação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da minorante, o que configura indevido *bis in idem*.

Além disso, afirma que a quantidade e a natureza das drogas apreendidas não são critérios suficientes para motivar a não incidência da minorante constante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e que a paciente preenche os todos requisitos legais previstos na norma para fazer jus ao benefício.

Por fim, assevera que o regime inicial fechado estabelecido para o resgate da pena aplicada ao crime de tráfico de drogas fundou-se na gravidade abstrata do delito, razão pela qual o regime prisional deve ser abrandado para semiaberto.

Ao final, formula pedido liminar para que a paciente aguarde em regime semiaberto o julgamento deste *writ* e, no mérito, pede a aplicação do redutor em sua fração máxima, o abrandamento do regime prisional e a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 62/64).

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls. 69/77, opinou pela denegação da ordem, conforme a seguinte ementa:

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º DA LEI Nº 11.343/2006 – INVIABILIDADE – CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO, QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS – DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME INICIAL FECHADO – DECISÃO FUNDADA EM ELEMENTOS CONCRETOS. PARECER PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 477.867 - SP (2018/0295631-2)

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 utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, em síntese, o reconhecimento de constrangimento ilegal na negativa de aplicação do privilégio no delito de tráfico de drogas, bem como no estabelecimento do regime inicial fechado para o resgate das penas. Em consequência do redimensionamento, pretende a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

No caso, seguem os fundamentos exarados pelo Juízo sentenciante para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exasperar a pena-base e afastar o privilégio no crime de tráfico de drogas (e-STJ fls. 37/38):

Antes de passar à dosimetria da pena, registro que os acusados não fazem jus à redução prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006 porque o delito de associação por eles praticado é incompatível com a figura privilegiada do tráfico. Ademais, a grande quantidade de substância entorpecente apreendida impede qualquer redução a este título.

[...]

1) Kamila Cristina Ribeiro: Atendendo ao disposto nos artigos 68 e 59, ambos do Código Penal, e também ao previsto no artigo 42, da Lei de Drogas, observo que a acusada é primária e não pode ser considerada portadora de antecedentes criminais. As consequências do crime, por evidente, são graves, mas não desbordam dos limites da tipicidade penal. A quantidade de substância entorpecente é expressiva (segundo o policial militar ouvido em Juízo seria suficiente para preparar 590 porções individuais de entorpecente) e a cocaína revela grande reprovabilidade da conduta ante as nefastas consequências que acarreta à sociedade ordeira. Assim, fixo a pena base acima do mínimo legal, qual seja, em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, mais o pagamento do equivalente a 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa para o crime previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, 04 (quatro) anos de reclusão, mais o pagamento do equivalente a 933 (novecentos e trinta e três) dias-multa para o crime previsto no art. 35, caput, da Lei 11.343/2006 e 02 (dois) meses de detenção para o crime previsto no artigo 329 do Código Penal.

Quanto a este último delito, deixo de exasperar a pena em virtude da quantidade de entorpecente porque inaplicável o art. 42 da Lei 11.343/2006. Não há outras causas modificadoras.

Em sede de apelação, o Tribunal *a quo* concluiu pela não incidência de todos os requisitos para a configuração do crime de associação para o tráfico, razão pela qual a paciente foi absolvida em relação a esse delito. Por outro lado, diante das circunstâncias que envolveram a prática do crime de tráfico de drogas, entendeu ser correta a pena fixada na sentença, inclusive a não incidência do privilégio, por concluir que a paciente se dedicava a atividades criminosas, conforme segue (e-STJ fls. 53/55):

As penas-base em relação ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes foram majoradas para a acusada Kamila em 1/3 (um terço) em observância ao disposto no art. 42, da Lei 11.343/06, em razão da natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos, o que se apresenta como compatível com o caso em tela.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

Os acusados não fazem jus à redução das penas com fundamento no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, pois as circunstâncias do caso concreto, considerada, em especial, a forma como os entorpecentes estavam acondicionados e as circunstâncias de apreensão, revelam razoável envolvimento dos réus com a criminalidade ligada ao tráfico ilícito de entorpecentes.

Esta conclusão encontra suporte no art. 239, do Cód. de Proc. Penal, que trata da prova indireta, qual seja, a indiciária, cujo valor, no âmbito do sistema do livre convencimento motivado, é o mesmo da direta, em conformidade com o que expressamente é assinalado na exposição de motivos do estatuto adjetivo penal.

Importa anotar, ainda, que os indícios a serem considerados são apenas os veementes, como ocorre no caso em tela.

Dessa forma, constata-se que a Corte local concluiu que a paciente se dedicava a atividades criminosas, a partir do acervo fático-probatório, com destaque para os entorpecentes apreendidos – 590,7g de cocaína e 20,05g de maconha – e as circunstâncias da apreensão, com notícia de que os réus traficavam há aproximadamente 1 ano no local, além da apreensão de expressivo valor – R\$ 3.500,00 – e petrechos para o fracionamento e embalagem das drogas em porções menores, inclusive balança de precisão.

Cumprе destacar, por oportuno, que não ocorre *bis in idem* quando o julgador fixa a pena-base acima do mínimo legal em razão da quantidade das drogas apreendidas e afasta o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação do agente a atividades criminosas, evidenciada pelas circunstâncias que envolveram a prática delitiva, com destaque para a quantidade expressiva de entorpecentes apreendidos.

Portanto, na espécie, não há falar em ilegalidade na negativa de aplicação do redutor.

Quanto ao regime prisional, cumpre asseverar que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, do Código Penal:

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 nº 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 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 nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 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 (STF, HC n. 111.840, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe em 17/12/2013).

Esse entendimento também é adotado por ambas as Turmas da Terceira Seção desta Corte, conforme se verifica dos seguintes julgados, dentre outros: HC 327.850/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe 29/10/2015; HC



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

311.618/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 24/6/2015; HC 264.068/RS, HC 274.020/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO, Sexta Turma, DJe 19/2/2015; e HC n. 299.797/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 2/12/2014.

No caso, embora a Corte local tenha reduzido a pena definitiva da paciente para patamar que supera 4 anos e não excede 8, manteve o regime inicial fechado em virtude das circunstâncias do crime, negativamente sopesadas na primeira fase da dosimetria, conforme segue (e-STJ fl. 55):

O regime prisional fechado, fixado como inicial para o cumprimento da sanção corporal relativa ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, é o compatível com as circunstâncias objetivas e subjetivas já analisadas do crime em tela.

Nesse contexto, embora a paciente seja primária, condenada a pena privativa de liberdade superior a 4 e que não excede 8 anos de reclusão, as circunstâncias do crime – expressiva quantidade de entorpecentes apreendidos –, sopesadas na primeira fase da dosimetria, é circunstância idônea e suficiente para o recrudescimento do regime prisional, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Ressalta-se, por oportuno, que o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a valoração negativa da natureza e quantidade de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade. Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. PROCEDÊNCIA. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. REGIME FECHADO COMPATÍVEL. SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. QUANTIDADE DA PENA APLICADA. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

II - No caso dos autos, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas - 30 porções de cocaína, com peso líquido de 45,3 g, 37 pedras de crack, com peso líquido de 13,3 g e mais 22 porções



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de maconha, com peso líquido de 16,9 g - justificam o afastamento da minorante, eis que há indicativo de que o paciente se "dedica a atividades criminosas", inocorrendo, portanto, o permissivo legal previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

III - O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90 - com redação dada pela Lei n.º 11.464/07. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, § 2º e 3º do Código Penal.

IV - Todavia, in casu, não se pode olvidar que a quantidade e variedade dos entorpecentes foi considerada na terceira fase da dosimetria da pena, para afastar a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Forçoso concluir, assim, que a referida circunstância autoriza a fixação do regime inicial fechado, nos termos do art. 33, § 2º e § 3º, do Código Penal (precedentes).

V - Não restam cumpridos os requisitos do art. 44 do Código Penal para a substituição da prisão por pena restritiva de direitos, diante do quantum da pena aplicada (inciso I).

Habeas Corpus não conhecido, cassada a liminar. (HC 338.068/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 28/4/2016).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NÃO CONHECIMENTO.

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, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

2. Mantido o regime inicial fechado e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos pelo Tribunal de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, em especial a quantidade e a natureza da droga apreendida - 25,5 g de cocaína - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

3. Habeas corpus não conhecido. (HC 321.231/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 11/9/2015).

Por fim, mantida a pena da paciente em patamar superior a 4 anos de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusão, resulta inviável a substituição por restritivas de direitos.

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

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0295631-2

HC 477.867 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00000279720178260612 20180000150882 279720178260612

EM MESA

JULGADO: 07/02/2019

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 XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: LAZARO GUSTAVO RODRIGUES LOPES
ADVOGADO	: LAZARO GUSTAVO RODRIGUES LOPES - SP0343362
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: KAMILA CRISTINA RIBEIRO (PRESO)
CORRÉU	: REGINALDO CÂNDIDO DE OLIVEIRA

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, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.