



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 368.029 - SP (2016/0219035-1)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : ANA PAULA DE CASTRO MARTINI BARBOSA
ADVOGADO : ANA PAULA DE CASTRO MARTINI - SP135981
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANGELICA DOS SANTOS REZENDE

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. 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. CONDENAÇÃO ANTERIOR SEM TRÂNSITO EM JULGADO, ALIADA À QUANTIDADE, NATUREZA E DIVERSIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. ART. 42 DA LEI 11.343/2006. DETRAÇÃO DO TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do Superior Tribunal de Justiça. Contudo, ante as alegações expostas na inicial, afigura-se razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. A aplicação da causa especial 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 às atividades delituosas nem integre organização criminosa.

3. O entendimento consignado pelas instâncias ordinárias está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior, firmada no sentido de que, condenação anterior, ainda que sem trânsito em julgado, aliado à quantidade, variedade e natureza das drogas apreendidas, evidenciam a dedicação do agente à atividade criminosa, revelando-se suficiente a afastar a aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

4. O Supremo Tribunal Federal, 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.

5. Sedimentou-se, nesta Corte Superior, o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º do Código Penal em conjunto com o art. 42, da Lei n. 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga.

6. No caso dos autos, embora a pena-base tenha sido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fixada no mínimo-legal, reconhecida primariedade da paciente e o quantum de pena permita, em tese, a fixação de regime mais brando, a quantidade, a natureza e a diversidade da droga apreendida – *três embalagens plásticas contendo a droga conhecida como maconha, com peso bruto de 150,4g, um invólucro contendo 104g da droga conhecida como maconha e um invólucro com peso bruto de 41,6g da droga conhecida com o cocaína* –, justificam a imposição de regime mais gravoso, no caso o fechado, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/06.

7. A questão atinente à detração do tempo de prisão cautelar não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*, ficando esta Corte impedida de apreciar o tema sob pena de incidir em indevida supressão de instância. Precedentes.

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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 09 de maio de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 368.029 - SP (2016/0219035-1)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
IMPETRANTE : ANA PAULA DE CASTRO MARTINI BARBOSA
ADVOGADO : ANA PAULA DE CASTRO MARTINI - SP135981
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANGELICA DOS SANTOS REZENDE

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de ANGELICA DOS SANTOS REZENDE, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0003576-65.2012.8.26.0362).

O Juízo de primeiro grau condenou a paciente à pena de 5 anos de reclusão em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de entorpecentes).

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual negou provimento ao recurso em aresto acostado às fls. 106/111.

No presente *writ*, o impetrante sustenta que a paciente faz *jus* à incidência da causa de diminuição de pena estampada no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06.

Sustenta, ainda, que uma vez reduzida a pena da paciente, deverá ser fixado o regime inicial aberto para cumprimento da pena, porquanto a hediondez e a gravidade abstrata do delito não são fundamentos idôneos para agravar o regime prisional, sob pena de afronta aos enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal – STF, bem como ao enunciado n. 440 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Assevera que [...] o período de prisão provisória cumprido pela Paciente, ainda que na modalidade de prisão domiciliar, qual seja, 01 ano, 6 meses e 10 dias, não foi observado quando do v. acórdão proferido pela Autoridade Coatora (fl. 22).

Desse modo, requer a concessão da ordem [...] para determinar a aplicação da redutora prevista no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06 e assim permitir que a ora Paciente possa, desde já, cumprir sua reprimenda no REGIME INICIAL ABERTO, levando-se em conta, ainda, as circunstâncias judiciais favoráveis e o disposto no Artigo 387, § 2º do CPP (fl. 25).

O pedido liminar foi indeferido (fls. 200/201).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Informações prestadas pelas instâncias ordinárias (fls. 211/238 e 240/253).

O Ministério Público Federal opinou [...] *pelo não conhecimento do writ, em razão da inadequação da via eleita, e, caso seja conhecido, pela denegação da ordem* (fls. 257/263).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 368.029 - SP (2016/0219035-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, a aplicação da causa redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, bem como a fixação de regime inicial menos gravoso para cumprimento da pena e a aplicação da detração do tempo de prisão cautelar.

O Juízo de primeiro grau aplicou a pena e fixou o regime inicial, sob a seguinte fundamentação, *verbis*:

[...] Passo à dosagem da pena, em conformidade com o disposto nos artigos 59 e 68, ambos do Código Penal.

Em primeira fase, fixo, a pena base no mínimo legal, pois as acusadas não ostentam maus antecedentes, bem como porque a quantidade de droga não justifica o recrudesimento da pena-base.

Assim, fixo a pena-base em 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, pelo crime de tráfico de drogas.

Em segunda fase, não há atenuantes ou agravantes.

[...]

*Incabível, ainda, a aplicação da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, pois a acusada **Angélica ostenta anterior condenação pela prática do crime de associação para o tráfico de drogas**, conforme certidão de fls. 14/15 do apenso de certidões.*

[...]

Assim, embora as acusadas, no presente feito, tenham sido absolvidas da prática do crime descrito no art. 35 da Lei n. 11.343/06, a recente condenação nos autos n. 3954-89.2010, deste Juízo, ainda que não transitada em julgado, impossibilita a aplicação da benesse legal por revelar seu envolvimento com organização criminosa.

[...]

O regime inicial de cumprimento será fechado, porque se trata de crime grave, que alarma a sociedade e financia a prática de outros crimes, bem como por força do que dispõe o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, em relação ao crime de tráfico de drogas, sem descurar, ainda,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que restou demonstrado o **envolvimento das acusadas em atividades criminosas**, revelando-se verdadeiro contrassenso a fixação de regime inicial diverso do aqui estabelecido (fls. 95/99).

O Tribunal de Justiça estadual manteve a pena aplicada e o regime prisional fixado, sob a seguinte fundamentação:

[...]

A dosimetria penal também não merece reparos, mas apenas uma observação.

A pena base foi fixada no patamar mínimo, 05 anos de reclusão mais 500 dias-multa, no piso.

Nada foi computado na segunda fase, porém, é de se reconhecer em favor de BENEDITA a atenuante da confissão, sem reflexo nas penas, eis que fixadas no patamar mínimo na primeira fase (S. 231 do STJ).

Na terceira, foi negado o redutor do §4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, pois **entendeu o MM. Juiz sentenciante que as rés se dedicam à prática de atividades criminosas. No caso de ANGÉLICA, pesa, também, o envolvimento anterior no delito de associação para o tráfico.**

Andou bem o Magistrado, pois **a posse de materiais e petrechos destinados ao embalo de porções de droga, a própria quantidade de entorpecentes apreendida, o fato de que os maridos das rés já estão presos por tráfico, são circunstâncias que evidenciam que a prática desta atividade ilícita é tida como meio de vida por parte das apelantes.**

O **regime prisional inicial fechado** era de rigor e se mantém mesmo com a redução da pena porque segundo o entendimento desta Relatora é o único compatível com o delito de tráfico de entorpecentes, equiparado aos hediondos, que tantas mazelas sociais tem proporcionado, pois trata-se de crime que fomenta outras espécies de ilícitos penais, provoca a degradação do indivíduo e da família brasileira, desvia a juventude da busca de objetivos lícitos e produtivos em favor bem comum, tudo em troca de um único escopo, o lucro do traficante (fls. 246/247).

Inicialmente, no que diz respeito à incidência da causa especial de redução da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, denominada pela doutrina como *tráfico privilegiado*, confira-se a literalidade do dispositivo:

Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sendo assim, para que o réu possa ter o benefício da diminuição, deverá cumprir, cumulativamente, 4 requisitos, quais sejam: (a) ser primário; (b) possuir bons antecedentes; (c) não dedicar-se a atividades criminosas; e (d) não integrar organização criminosa.

Os dois pressupostos iniciais são de avaliação estritamente objetiva, basta verificar a certidão de antecedentes criminais do agente para chegar à conclusão se ele preenche ou não esses requisitos. Quanto às duas últimas condições, a análise envolve apreciação subjetiva do Magistrado processante, a partir dos elementos de convicção existentes nos autos, para aferir se o apenado dedica-se às atividades criminosas ou integra organização criminosa.

Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem concluiu, com base nos elementos de prova constantes nos autos, que a paciente se dedica à atividade criminosa em razão da – *posse de materiais e petrechos destinados ao embalo de porções de droga, a própria quantidade de entorpecentes apreendida* –, além de ostentar condenação anterior pela prática do delito de associação para o tráfico, o que afasta, de plano, a aplicação da redutora de pena pretendida, consoante entendimento jurisprudencial consolidado por esta Corte Superior.

Nesse sentido, confirmam-se julgados de ambas as turmas que julgam matéria penal:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. MAUS ANTECEDENTES. PROCESSO EM CURSO. SÚMULA 444/STJ. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE OSTENTA OUTRA CONDENAÇÃO, SEM TRÂNSITO EM JULGADO, POR CRIME DA MESMA NATUREZA. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. ORDEM NÃO CONHECIDA. WRIT CONCEDIDO DE OFÍCIO.

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. A individualização da pena, como atividade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

discricionária vinculada do julgador, será revista apenas nas hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, quando não observados os parâmetros estabelecidos na legislação de regência e o princípio da proporcionalidade.

3. É vedada a exasperação da pena-base, a título de maus antecedentes, com fundamento em ações penais anteriores sem notícias de trânsito em julgado, a teor da Súmula 444 do STJ. Manifesta ilegalidade verificada.

4. 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.

5. 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 causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando permitem concluir que o agente se dedica a atividades criminosas, como, no caso em apreço, no qual há registro de outra condenação também pelo crime de tráfico de drogas em desfavor do paciente. Precedentes.

6. Tendo sido valorado negativamente uma das circunstâncias judiciais, na primeira fase da dosimetria (quantidade e diversidade da droga apreendida - "vinte pedras crack e dezoito pinos de cocaína"), revela-se correto o regime inicial fechado para o cumprimento da pena de 5 (cinco) anos de reclusão, nos exatos termos do art. 33, § 2º, "a", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal. Precedentes.

7. É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante do quantum da sanção aplicada, na forma do art. 44, I, do Código Penal.

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para afastar a valoração negativa de processos em curso, na primeira fase da dosimetria, nos termos da Súmula n. 444/STJ, tornando a pena definitiva do paciente em 5 anos de reclusão mais o pagamento de 500 dias-multa (HC 364.765/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 19/12/2016).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÕES ANTERIORES SEM TRÂNSITO EM JULGADO, QUE CONSTITUEM FATOR IMPEDITIVO PARA O RECONHECIMENTO DA MINORANTE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - Com efeito, esta Corte tem se posicionado no sentido de considerar a condenação anterior, ainda que não transitada em julgado, aliada à natureza e à quantidade da droga, como fator impeditivo para o reconhecimento da minorante, por evidenciar a dedicação a atividade criminosa, óbice previsto no § 4º do referido preceito de regência. (Precedentes).

Habeas Corpus não conhecido (HC 367.486/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 03/11/2016).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÕES ANTERIORES SEM TRÂNSITO EM JULGADO, QUE CONSTITUEM FATOR IMPEDITIVO PARA O RECONHECIMENTO DA MINORANTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - Na presente hipótese, as instâncias ordinárias afastaram a incidência do redutor do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, em virtude da existência de condenações anteriores sem trânsito em julgado, orientação que se ajusta ao entendimento firmado no âmbito deste Tribunal.

II - Com efeito, esta Corte tem se posicionado no sentido de considerar a condenação anterior, ainda que não transitada em julgado, aliada à natureza e à quantidade da droga, como fator impeditivo para o reconhecimento da minorante, por evidenciar a dedicação a atividade criminosa, óbice previsto no § 4º do referido preceito de regência. (Precedentes).

Agravo regimental desprovido (AgRg no HC 353.762/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 02/09/2016).

Sobre o regime prisional, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a 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 prisional deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do CP.

Por outro lado, sedimentou-se, nesta Corte Superior, o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º do Código Penal em conjunto com o art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

42, da Lei n. 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga.

Nesse sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A 4 ANOS. QUANTIDADE, NATUREZA E DIVERSIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE PARA A FIXAÇÃO DE REGIME PENAL MAIS GRAVOSO (SEMIABERTO).

1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a natureza, a variedade e a quantidade da substância entorpecente justificam a fixação de regime penal mais gravoso ao condenado por crime de tráfico de drogas.

2. **Em atenção ao art. 33, § 2º, alínea "c", do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, embora estabelecida a pena definitiva menor que 4 anos (1 ano e 8 meses de reclusão), sendo primário o recorrente e sem antecedentes, a natureza, a variedade e quantidade de entorpecentes apreendidos - 58,4g de cocaína acondicionada em 188 microtubos e 30,1g de maconha acondicionados em 12 invólucros - justificam a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso o semiaberto.**

3. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1647940/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 17/03/2017).

PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. TRÁFICO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO. REGIME E SUBSTITUIÇÃO. EMBARGOS REJEITADOS. CONCEDIDO HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.

1. Nos termos do art. 619 do Código de Processo Penal, os embargos de declaração, como recurso de correção, destinam-se a suprir omissão, contradição e ambiguidade ou obscuridade existente no julgado. Não se presta, portanto, para sua revisão no caso de mero inconformismo da parte.

2. **Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor motivadamente sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal e, na hipótese de condenado pelo crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.**

3. Nesse contexto, estabelecida a pena definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão, verificada a primariedade do agente e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

considerada a pequena quantidade de entorpecente apreendido (4,7g de crack), o regime aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito. Por fim, pelas mesmas razões acima alinhavadas (primariedade do agente e favorabilidade das circunstâncias do art. 59 do CP), é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser especificada pelo Juízo da execução.

4. Embargos de declaração rejeitados. Concedido, habeas corpus, de ofício, a fim de fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena reclusiva e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser definida pelo Juízo da execução. (EDcl no AgRg no AREsp 644.425/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 17/03/2017)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES em 27/6/2012, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe conferiu a Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados.

2. Nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o magistrado deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e, em se tratando dos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como no caso, deverá levar em conta a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/2006), elementos que também podem ser considerados para negar a conversão da pena privativa por restritiva de direitos.

3. Na espécie, o Tribunal de origem fez referência à gravidade concreta dos fatos imputados ao apenado, destacando a natureza e a razoável quantidade de entorpecente com ele apreendidas 584g (quinhentos e oitenta e quatro gramas de "crack" e 26g (vinte e seis gramas) de cocaína, circunstâncias que autorizam a conclusão de que sua conduta reveste-se de maior grau de reprovabilidade, a justificar a fixação de regime mais gravoso, bem como para a negativa da conversão da reprimenda privativa por restritiva.

4. Embora a pena privativa de liberdade tenha sido estabelecida em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão 5 (cinco) anos e 2 (dois) meses de reclusão, a Corte a quo entendeu pela necessidade de uma resposta penal mais efetiva, a qual se revela como a mais adequada à prevenção e à repressão do delito em tela, conforme o art. 33, § 3º, do Código Penal, razão pela qual não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vislumbro a existência de constrangimento ilegal decorrente da imposição do regime inicial fechado.

5. *Agravo regimental desprovido* (AgRg no HC 288.312/RS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 24/02/2017).

Dessa forma, no caso dos autos, ainda que se afaste a fundamentação abstrata elencada pelo Tribunal de origem, não evidencio a existência de ilegalidade na fixação do regime prisional mais gravoso, pois, embora a pena-base tenha sido fixada no mínimo-legal, reconhecida primariedade da paciente e o *quantum* de pena permita, em tese, a fixação do regime semiaberto, a quantidade e a natureza da droga apreendida – *três embalagens plásticas contendo a droga conhecida como maconha, com peso bruto de 150,4g, um invólucro contendo 104g da droga conhecida como maconha e um invólucro com peso bruto de 41,6g da droga conhecida com o cocaína* –, justificam a imposição de regime mais gravoso, no caso o fechado, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/06.

Por fim, quanto à detração do tempo de prisão cautelar, verifico que a tese não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*, ficando esta Corte impedida de apreciar o pedido sob pena de incidir em indevida supressão de instância. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA QUANTIDADE E VARIEDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS E MAUS ANTECEDENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06) NÃO APLICADA. DEDICAÇÃO DO PACIENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. HIPÓTESE DIVERSA DA JULGADA NO ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL), DO STF. REGIME FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO (ART. 33, §§ 2º E 3º, E ART. 44, INCISO III, AMBOS DO CP, E ART. 42 DA LEI N. 11.343/06). DETRAÇÃO DA PENA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

6. É inviável a análise da detração da pena diretamente por esta Corte quando não apreciada pelo Tribunal a quo, sob pena de indevida supressão de instância.

Habeas corpus não conhecido (HC 348.043/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe 01/02/2017).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ATENUANTE DA MENORIDADE RELATIVA. SÚMULA 231/STJ. INCIDÊNCIA. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. DETRAÇÃO DA PENA. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NA CORTE LOCAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

4. O tema referente à possibilidade de detração da pena não foi enfrentado pela Corte de origem, de forma que sua análise por este Tribunal implicaria supressão de instância.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 294.279/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 14/12/2016).

Nesse contexto, não verifico, no caso dos autos, a existência de nenhum constrangimento ilegal apto a justificar a concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0219035-1

HC 368.029 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00035766520128260362 05192012 20150000367998 35766520128260362 5192012

EM MESA

JULGADO: 09/05/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: ANA PAULA DE CASTRO MARTINI BARBOSA
ADVOGADO	: ANA PAULA DE CASTRO MARTINI - SP135981
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ANGELICA DOS SANTOS REZENDE
CORRÉU	: BENEDITA DE FATIMA DIAS DE SA

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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.