



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 363.946 - SP (2016/0193588-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PAULO RICARDO DE DIVITIIS FILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : YURI XAVIER DE MACEDO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. 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 INICIAL FECHADO. ELEMENTOS CONCRETOS. ADEQUAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. 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.

3. 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 ou integra organização criminosa. Precedentes.

4. Hipótese em que as instâncias ordinárias concluíram, motivadamente, pela dedicação do paciente a atividades criminosas, levando em consideração as provas obtidas nos autos, e o fato de estar sendo processado em outras ações pelo delito de tráfico de drogas, em consonância com o entendimento firmado por esta Corte.

5. A obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/7/2012).

6. Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, o julgador deve observar os critérios dos arts. 33 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006.

7. Este Tribunal Superior firmou o entendimento no sentido que a fixação de regime mais gravoso do que o legalmente previsto para a sanção imposta deve ser fundamentada em elementos concretos, extraídos das circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal ou de dados concretos constantes dos autos, em consonância com as Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF.

8. Embora o paciente seja tecnicamente primário e a pena para o tráfico tenha



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sido estabelecida em 5 anos de reclusão, as instâncias ordinárias fixaram motivadamente o regime inicial fechado (imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada), com base em dados concretos extraídos dos autos, consistentes no fato de dedicar-se a atividades ilícitas por ter sido preso e processado três vezes pelo delito de tráfico de drogas dentro do período de um ano e meio, e restar comprovado que continuava traficando no mesmo local enquanto estava sendo processado.

9. *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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de outubro de 2016(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 363.946 - SP (2016/0193588-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PAULO RICARDO DE DIVITIIS FILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : YURI XAVIER DE MACEDO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **YURI XAVIER DE MACEDO**, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta nos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos de reclusão e ao pagamento de 500 dias-multa, em regime inicial fechado, como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Em sede recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo, assim como rejeitou os embargos infringentes.

Neste *writ*, o impetrante insurge-se contra a dosimetria da pena, alegando que, embora o paciente seja tecnicamente primário, possua circunstâncias judiciais favoráveis e não se dedique à atividade ilícita nem integre organização criminosa, as instâncias ordinárias deixaram de aplicar a causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com base em ações em curso e na quantidade da droga apreendida, que entende não serem fundamentos idôneos.

Sustenta que a fixação do regime fechado com base na gravidade abstrata e na hediondez do delito viola as Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF.

Destaca, ainda, que o fato de o crime de tráfico ser equiparado a hediondo não impede a modificação do regime prisional, nos termos do entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal, que declarou a inconstitucionalidade da antiga redação do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, cabendo, na hipótese, a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

Requer, inclusive liminarmente, a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, e a fixação de regime aberto ou, subsidiariamente, do regime semiaberto.

Liminar indeferida (e-STJ, fls. 71-72).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 79-80).

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem de ofício, apenas para fixar o regime semiaberto (e-STJ, fls. 105-109).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 363.946 - SP (2016/0193588-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PAULO RICARDO DE DIVITIIS FILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : YURI XAVIER DE MACEDO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE RESPONDE A OUTRAS AÇÕES PENAIS. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME INICIAL FECHADO. ELEMENTOS CONCRETOS. ADEQUAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.
2. 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.
3. 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 ou integra organização criminosa. Precedentes.
4. Hipótese em que as instâncias ordinárias concluíram, motivadamente, pela dedicação do paciente a atividades criminosas, levando em consideração as provas obtidas nos autos, e o fato de estar sendo processado em outras ações pelo delito de tráfico de drogas, em consonância com o entendimento firmado por esta Corte.
5. A obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/7/2012).
6. Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, o julgador deve observar os critérios dos arts. 33 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006.
7. Este Tribunal Superior firmou o entendimento no sentido que a fixação de regime mais gravoso do que o legalmente previsto para a sanção imposta deve ser fundamentada em elementos concretos, extraídos das circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal ou de dados concretos constantes dos autos, em consonância com as Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF.
8. Embora o paciente seja tecnicamente primário e a pena para o tráfico tenha sido estabelecida em 5 anos de reclusão, as instâncias ordinárias fixaram



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

motivadamente o regime inicial fechado (imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada), com base em dados concretos extraídos dos autos, consistentes no fato de dedicar-se a atividades ilícitas por ter sido preso e processado três vezes pelo delito de tráfico de drogas dentro do período de um ano e meio, e restar comprovado que continuava traficando no mesmo local enquanto estava sendo processado.

9. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

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.

Da análise da sentença condenatória, no tocante ao delito de tráfico, verifica-se que o Juiz sentenciante, diante da ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixou a pena-base no mínimo legal (5 anos), a qual ficou mantida nas etapas seguintes, tendo deixado de aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, pelos seguintes fundamentos (e-STJ, fls. 23-24):

"Na fase do art. 59 do Código Penal, não envolvendo maiores quantidades, fixo a pena no piso legal.

A atenuante da menoridade não pode trazer a pena aquém do piso, nos termos da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Embora tecnicamente primário, não resta dúvida de que o réu é pessoa marcadamente voltada ao delito. Em cerca de um ano e meio ele veio a ser preso e processado três vezes pelo crime de tráfico, conforme informações do apenso de antecedentes. A primeira, em setembro de 2011, resultou no processo da 2ª Vara Criminal, pelo qual já condenado em primeiro grau, e no qual já foi concedido o benefício do redutor. Solto em março de 2012, foi preso a segunda vez, destes autos, em julho de 2012, e no qual se forma agora a certeza do tráfico. Concedido o direito a responder o processo solto em novembro de 2012, já em maio de 2013 foi mais uma vez preso por tráfico, agora por processo em trâmite na 22ª Vara Criminal.

Isso tudo sem esquecer ainda as informações dos policiais de que o réu, abusadamente, continua traficando no mesmo local.

Ora, ainda que a existência de processos em curso não caracterize maus antecedentes, não há dúvida de que a prisão em flagrante, três vezes, pelo mesmo tipo de crime, indica no mínimo propensão ao envolvimento com este tipo de ação e personalidade recalcitrante, não podendo ele, novamente, ser beneficiado com o redutor do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, que fica por isso afastado.

Assim, finalizo a pena do réu em cinco anos de reclusão e 500 dias-multa."

A Corte *a quo*, por sua vez, negou provimento ao apelo defensivo, mantendo a sentença pelos seus próprios fundamentos (e-STJ, fls. 39-40).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Inicialmente, destaca-se que a individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade.

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 integrem organizações criminosas.

Segundo reiterada jurisprudência deste Tribunal Superior, o mencionado benefício legal tem como objetivo favorecer os pequenos e eventuais traficantes, não alcançando aqueles que fazem do tráfico de drogas um meio de vida (AgRg no AREsp 648.408/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 5/10/2015; AgRg no REsp 1423806/SP; Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 20/8/2015).

Ademais, conforme precedentes desta Corte, 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 ou integra organização criminosa.

Na hipótese dos autos, observa-se que as instâncias ordinárias concluíram, motivadamente, pela dedicação do paciente a atividades criminosas, levando em consideração as provas obtidas nos autos, e o fato de estar sendo processado em outras ações pelo delito de tráfico de drogas, em consonância com o entendimento firmado por esta Corte.

A propósito:

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A 8 ANOS. NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE PARA O AGRAVANTE DO REGIME PENAL. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. FATOS CRIMINAIS PENDENTES DE DEFINITIVIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFASTAMENTO. LEGALIDADE.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Admite esta Corte Superior que a natureza da substância entorpecente justifica a fixação de regime penal mais gravoso ao condenado por crime de tráfico de drogas, mesmo sendo estabelecida pena inferior a 8 (oito) anos, em observância ao art. 33, § 3º, do CP c/c art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

3. Fatos criminais pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), podem embasar o afastamento da minorante do tráfico privilegiado quando permitem concluir que o agente se dedica a atividades criminosas.

4. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 295.163/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 30/10/2014)

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. CONDENAÇÃO SEM TRÂNSITO EM JULGADO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO CABIMENTO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. É sabido que este Tribunal entende que inquéritos policiais e ações penais em curso não podem ser utilizados para valoração negativa dos antecedentes e da reincidência (Súmula 444). Todavia, é possível que esses fatos criminais sejam utilizados para justificar o afastamento da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando possibilitarem a conclusão de que o agente participa de organização criminosa ou se dedica a atividades ilícitas.

3. Mantido o *quantum* da pena, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, I, do Código Penal, por ser superior a 4 anos de reclusão.

4. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 280.204/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 17/4/2015)

Quanto ao regime prisional, melhor sorte não socorre ao impetrante, uma vez que as instâncias ordinárias fixaram motivadamente o regime mais gravoso com base em dados concretos extraídos dos autos, consistentes nos mesmos fundamentos para afastar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, na terceira fase da dosimetria (e-STJ, fls. 24-26 e 40).

Convém destacar que a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/7/2012).

Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e 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 por crime de tráfico de drogas, também o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Com efeito, a reiterada jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que "a gravidade abstrata do delito de tráfico de entorpecentes não serve de fundamento para a fixação do regime inicial fechado, tampouco para a negativa do benefício da liberdade provisória, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, e de parte do art. 44 da Lei n. 11.343/2006. 3. O discurso judicial que se apresenta puramente teórico, carente de real elemento de convicção não justifica o regime inicial mais severo para o cumprimento da pena privativa de liberdade." (HC 327.726/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 16/12/2015).

Por fim, consigna-se que este Tribunal Superior firmou o entendimento que a fixação de regime mais gravoso do que o legalmente previsto para a sanção imposta deve ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentada em elementos concretos, extraídos das circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal ou de dados concretos constantes dos autos, em consonância com as Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF. Cito, a propósito, os seguintes precedentes:

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE CONSIDERÁVEL DA DROGA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AUSÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM QUE O PACIENTE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL FECHADO. HEDIONDEZ DO CRIME. FUNDAMENTO INIDÔNEO. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE ENSEJAM A NECESSIDADE DO REGIME MAIS GRAVOSO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. [...]

– O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 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 do que a pena comporta pode ser estabelecido com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas 440/STJ e 718/STF.

– No caso, considerando-se que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em razão da quantidade e nocividade da droga apreendida, há circunstância concreta que recomenda o regime mais gravoso, para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

– *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 280.204/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 17/4/2015)

"*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. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06) NÃO APLICADA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO INDICATIVAS DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA À ATIVIDADE CRIMINOSA. INEXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. HIPÓTESE DIVERSA DA JULGADA NO ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL), DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. REGIME FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. VEDAÇÃO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO (ART. 33, §§ 2º E 3º, E ART. 44, INCISO III, AMBOS DO CÓDIGO PENAL - CP, E ART. 42 DA LEI N. 11.343/06). CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. [...]

5. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dispostas no art. 59 do CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo. Nesse sentido, foi elaborado o Enunciado n. 440 da Súmula deste STJ e os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do STF.

[...]

Habeas corpus não conhecido."

No caso, embora o paciente seja tecnicamente primário e a pena para o tráfico tenha sido estabelecida em 5 anos de reclusão, as instâncias ordinárias fixaram motivadamente o regime inicial fechado (imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada), com base em dados concretos extraídos dos autos, consistentes no fato de dedicar-se a atividades ilícitas por ter sido preso e processado três vezes pelo delito de tráfico de drogas dentro do período de um ano e meio, e restar comprovado que continuava traficando no mesmo local enquanto estava sendo processado.

Dessa forma, não se evidencia o alegado constrangimento ilegal, haja vista que as instâncias antecedentes, com base em fundamentos concretos constante dos autos, fixaram o regime mais gravoso, adequado para a prevenção e a reparação do delito, dadas as peculiaridades do caso concreto.

Por fim, estabelecido o *quantum* da pena em patamar superior a 4 (quatro) anos, é inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

Diante do exposto, **não conheço** do presente *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0193588-4

HC 363.946 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0071451182012 00714511820128260050 20150000487378 20160000222918 71451182012
714511820128260050

EM MESA

JULGADO: 04/10/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: PAULO RICARDO DE DIVITIIS FILHO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: YURI XAVIER DE MACEDO

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