



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 480.887 - SP (2018/0314502-0)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
BRUNO DIAZ NAPOLITANO - SP236733
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FELIPE MORAES (PRESO)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. INDEVIDA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAIIS EM CURSO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA UTILIZADA PARA AFASTAR A REDUTORA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. REEXAME MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, INCISO III, DA LEI DE DROGAS. IMEDIAÇÕES DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO. PRESCINDE DE PROVA DO PÚBLICO-ALVO. REGIME INICIAL FECHADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. ILEGALIDADE. REGIME **SEMIABERTO**. ADEQUADO. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS (ART. 33, § 2º, B, CP). SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PREJUDICADO. **WRIT** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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 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 - A via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a “*dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade*” (HC n. 400.119/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/8/2017).

III - **In casu**, o Tribunal de origem utilizou inquéritos policiais e processo criminais em andamento, inclusive processos em que o paciente foi beneficiado com suspensão condicional do processo, como parâmetros para exasperar a referida circunstância judicial, em flagrante violação ao enunciado n. **444 das Súmulas deste**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

STJ, que reza, **in verbis**: "*é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.*"

IV- **Na hipótese**, o v. acórdão impugnado fundamentou o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada na conclusão de que a paciente dedicava-se a atividades criminosas (tráfico), em razão da quantidade de droga apreendida e nas circunstâncias em que se deu a apreensão dos entorpecentes. Tudo isso, são elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Rever o entendimento do eg. Tribunal de origem para fazer incidir a causa especial de diminuição, como reclama o impetrante, demandaria, necessariamente, **amplo revolvimento da matéria fático-probatória**, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do **mandamus**.

V - O crime praticado nas imediações de estabelecimento de ensino. Tal fundamento, por si só, justifica a imposição da majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei 11.343/2006, sendo prescindível a prova de que o acusado tinha como "público-alvo" os frequentadores desses locais

VI - O Plenário do col. **Supremo Tribunal Federal** declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, devem ser observados os preceitos constantes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal.

VII - A jurisprudência do col. Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que "*a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada*" (Súmula n. 718/STF), e que "*a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea*" (Súmula n. 719/STF). **Importante consignar**, ainda, que, "*Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito*" (Súmula n. 440/STJ).

VIII - **In casu**, verifica-se que o regime inicial fechado foi determinado tão somente com base **hediondez do delito**, não tendo sido apresentado fundamento concreto para imposição de regime mais gravoso do que o cabível em razão do **quantum** de pena aplicado.

IX - Sendo a réu primário, fixada a pena-base no mínimo legal e considerada como favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o regime inicial **semiaberto** mostra-se mais adequado para o resgate da reprimenda, nos termos do **art. 33, § 2º, alínea b, do Código Penal**.

Habeas Corpus não conhecido. **Ordem concedida de ofício** para afastar os maus antecedentes, fundados em inquéritos policiais e ações penais em curso, com consequente fixação da pena-base no mínimo legal, bem como restabelecer o **regime inicial semiaberto** para resgate da pena, mantidos os demais termos da condenação.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 480.887 - SP (2018/0314502-0)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
BRUNO DIAZ NAPOLITANO - SP236733
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FELIPE MORAES (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de FELIPE MORAES, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da apelação criminal n. 0000602-49.2016.8.26.0545.

Depreende-se dos autos que o paciente restou condenado como incurso no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, a pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 333 (trezentos e trinta e três).

Interposta apelação pelo Ministério Público, o eg. Tribunal de origem deu provimento ao recurso para redimensionar a pena 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e ao pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, em regime inicial fechado, nos termos do v. acórdão de fls. 30-36:

Dai o presente **writ**, onde o impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal no aumento da pena-base pela presença de maus antecedentes, por ter sido considerado meras anotações, sendo o paciente primário, não ostentando condenações anteriores transitadas em julgado.

Alega que deve ser aplicada a causa especial de diminuição, ao alegado que o paciente preenche os requisitos e não há nenhum indício que leve a uma conclusão segura que o paciente integrava organização criminosa ou se dedicasse à prática de atividade ilícitas contínuas, sustentando que a mera nocividade e quantidade, por si só, não podem caracterizar a dedicação ao narcotráfico.

Aduz que a incidência da causa especial de aumento do art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006 considerou tão somente a proximidade geográfica com estabelecimento de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ensino, o que não basta a caracterizar, necessitando de outros elementos circundantes do tipo penal, não devendo limitar ao critério territorial, sendo necessário que o agente tenha conhecimento prévio da proximidade de estabelecimento de ensino, assim como intenção de beneficiar-se dessa posição geográfica e visando atingir os frequentadores do estabelecimento de ensino.

Sustenta, ainda, que o regime inicial fechado foi balizado no critério da hediondez do delito e menção genérica acerca da gravidade do delito, embora a pena tenha sido muito aquém do limite que autoriza o regime mais gravoso, indo contra o entendimento desta Corte, carecendo de fundamentação idônea, ressaltando que o STF afastou a impossibilidade de condenados pelo tráfico iniciarem o cumprimento de pena em regime menos grave.

Argumenta que com restabelecimento da minorante e afastada a causa especial de aumento, o paciente passaria a preencher os requisitos para as penas alternativas, cabendo a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Requer a concessão da ordem para afastar os maus antecedentes, fixando a pena-base no mínimo legal, o restabelecimento do redutor pelo tráfico privilegiado, com a exclusão da majorante do tráfico praticado nas proximidades de instituição de ensino, por consequência, regime inicial compatível e, por fim, substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito.

Pedido liminar **indeferido** às fls. 143-144.

Informações prestadas às fls. 151-159.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 162-164 pela concessão parcial da ordem, nos termos do parecer assim ementado:

"HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CABIMENTO. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/06 E AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DA PENA PREVISTA NO ART. 40, INCISO III, DA LEI 11.340/06. MATÉRIAS QUE DEMANDAM DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. REGIME



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INICIAL FECHADO FIXADO NA HEDIONDEZ DO DELITO. AUSÊNCIA DE CONCRETA FUNDAMENTAÇÃO PARA O REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO.

- Pela concessão parcial da ordem tão somente para que seja fixada a pena-base no mínimo legal e estabelecido o regime inicial semiaberto."

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 480.887 - SP (2018/0314502-0)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
BRUNO DIAZ NAPOLITANO - SP236733
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FELIPE MORAES (PRESO)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS**
SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO
CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS.
DOSIMETRIA. INDEVIDA EXASPERAÇÃO DA
PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES.
INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAIAS EM
CURSO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO
DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06).
INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO A
ATIVIDADE CRIMINOSA UTILIZADA PARA
AFASTAR A REDUTORA DO TRÁFICO
PRIVILEGIADO. REEXAME MATÉRIA
FÁTICO-PROBATÓRIA. CAUSA DE AUMENTO
DO ART. 40, INCISO III, DA LEI DE DROGAS.
IMEDIAÇÕES DE ESTABELECIMENTO DE
ENSINO. PRESCINDE DE PROVA DO
PÚBLICO-ALVO. REGIME INICIAL FECHADO
COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO.
ILEGALIDADE. REGIME **SEMIABERTO**.
ADEQUADO. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO
MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS
FAVORÁVEIS (ART. 33, § 2º, B, CP).
SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PREJUDICADO.
WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM
CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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 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 - A via do **writ** somente se mostra adequada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a *"dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade"* (HC n. 400.119/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/8/2017).

III - **In casu**, o Tribunal de origem utilizou inquéritos policiais e processo criminais em andamento, inclusive processos em que o paciente foi beneficiado com suspensão condicional do processo, como parâmetros para exasperar a referida circunstância judicial, em flagrante violação ao enunciado n. **444 das Súmulas deste STJ**, que reza, **in verbis**: *"é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base."*

IV- **Na hipótese**, o v. acórdão impugnado fundamentou o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada na conclusão de que a paciente dedicava-se a atividades criminosas (tráfico), em razão da quantidade de droga apreendida e nas circunstâncias em que se deu a apreensão dos entorpecentes. Tudo isso, são elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Rever o entendimento do eg. Tribunal de origem para fazer incidir a causa especial de diminuição, como reclama o impetrante, demandaria, necessariamente, **amplo revolvimento da matéria fático-probatória**, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do **mandamus**.

V - O crime praticado nas imediações de estabelecimento de ensino. Tal fundamento, por si só, justifica a imposição da majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei 11.343/2006, sendo prescindível a prova de que o acusado tinha como "público-alvo" os frequentadores desses locais

VI - O Plenário do col. **Supremo Tribunal Federal** declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, devem ser observados os preceitos constantes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal.

VII - A jurisprudência do col. Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que *"a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada"* (Súmula n. 718/STF), e que *"a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea"* (Súmula n. 719/STF). **Importante consignar**, ainda, que, *"Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito"* (Súmula n. 440/STJ).

VIII - **In casu**, verifica-se que o regime inicial fechado foi determinado tão somente com base **hediondez do delito**, não tendo sido apresentado fundamento concreto para imposição de regime mais gravoso do que o cabível em razão do **quantum** de pena aplicado.

IX - Sendo a réu primário, fixada a pena-base no mínimo legal e considerada como favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o regime inicial **semiaberto** mostra-se mais adequado para o resgate da reprimenda, nos termos do **art. 33, § 2º, alínea b, do Código Penal**.

Habeas Corpus não conhecido. **Ordem concedida de ofício** para afastar os maus antecedentes, fundados em inquéritos policiais e ações penais em curso, com consequente fixação da pena-base no mínimo legal, bem como restabelecer o **regime inicial semiaberto** para resgate da pena, mantidos os demais termos da condenação.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Supremo Tribunal Federal, sedimentou orientação no sentido de não admitir **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o 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.

Tal posicionamento tem por objetivo preservar a utilidade e eficácia do **habeas corpus** como instrumento constitucional de relevante valor para proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, de forma a garantir a necessária celeridade no seu julgamento. No caso, incabível o presente **mandamus**, porquanto substitutivo de revisão criminal.

Em homenagem ao princípio da ampla defesa, contudo, necessário o exame da insurgência, a fim de se verificar eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Conforme relatado, busca-se, no presente, o afastamento dos maus antecedentes, fixando a pena-base no mínimo legal, o restabelecimento do redutor pelo tráfico privilegiado, com a exclusão da majorante do tráfico praticado nas proximidades de instituição de ensino, por consequência, regime inicial compatível e, por fim, substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito.

Inicialmente, cumpre asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a *“dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade”* (HC n. 400.119/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/8/2017).

Transcrevo, inicialmente, a fim de delimitar a **quaestio**, o seguinte excerto do v.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acórdão impugnado, no tocante aos pleitos em comento, **in verbis** (fls. 34-:

"Quanto à reprimenda, verifico que a pena-base foi fixada no mínimo legal, apesar de FELIPE registrar maus antecedentes (fls. 108/109), de modo que assiste razão ao Parquet em pleitear a exasperação da pena nessa primeira fase do cálculo penal. Diante disso, fixo a pena-base em 1/6 acima do mínimo legal, ou seja, em 5 anos e 10 meses de reclusão, mais o pagamento de 583 dias-multa, no piso.

De igual modo, o Promotor tem razão ao pleitear o afastamento do redutor previsto no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06.

É que, nos termos do referido dispositivo legal, o julgador poderá reduzir a pena fixada ao agente - de um sexto a dois terços - desde que este seja primário, não possua antecedentes criminais, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

Cuida-se, pois, de faculdade que o julgador usará ou não, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto, e não direito subjetivo do acusado. E, na hipótese vertente, fica claro que FELIPE possui sério envolvimento com a máquina criminosa que movimenta o comércio ilícito de entorpecentes. Portanto, malgrado primário, o recorrido não faz jus ao privilégio. Desse modo, afasto a concessão desta benesse.

Por outro lado, verifico que FELIPE praticou o delito narrado nestes autos nas proximidades de estabelecimento de ensino (Fls. 108/109). Desse modo, computo à reprimenda a causa de aumento de pena prevista no artigo 40, III, da Lei de Drogas, e aumento o castigo em 1/6, o que totaliza, em definitivo, 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, mais o pagamento de 680 dias-multa, no piso.

Por fim, para o desconto da reprimenda carcerária, estabeleço o regime inicial fechado, a teor do que dispõe o artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/90, com a nova redação dada pela Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007."

Quanto ao o afastamento dos maus antecedentes, com consequente fixação da pena-base no mínimo legal, vê-se que o Tribunal de origem utilizou inquéritos policiais e processo criminais em andamento, inclusive processos em que o paciente foi beneficiado com suspensão condicional do processo, como parâmetros para exasperar a referida circunstância judicial, em flagrante violação ao enunciado n. **444 das Súmulas deste STJ**, que reza, **in verbis**: *"é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base."*

Vejam-se os julgados abaixo deste Superior Tribunal de Justiça:

"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

[...]

3. *É vedada e 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.*

[...]

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 n. 364.765/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 19/12/2016, grifei).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. PENA-BASE. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÕES ANTERIORES COM TRÂNSITO EM JULGADO. SÚMULA N. 444/STJ. INCIDÊNCIA. APLICABILIDADE DO REDUTOR LEGAL DE QUE CUIDA O § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS EM SEU PATAMAR MÁXIMO. REGIME PRISIONAL. OBRIGATORIEDADE DO REGIME FECHADO AFASTADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADMISSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS RESTRITIVAS. ILEGALIDADE PATENTE CONSTATADA.

[...]

2. 'Em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade, inquéritos policiais ou ações penais em andamento, como na espécie, não se prestam a majorar a pena-base, a título de indicador de maus antecedentes, de conduta social negativa ou de a personalidade do agente ser voltada para o crime. Inteligência do enunciado sumular n. 444 do STJ, segundo o qual 'É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base'. [...] (REsp 1544856/PR, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 06/06/2016).

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. **Habeas corpus** não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente e assegurar o seu cumprimento em regime aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais" (HC n. 353.952/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, Rel. p/ Acórdão Min. **Antônio Saldanha Palheiro**, DJe de 6/2/2017).

No tocante ao afastamento da causa especial de diminuição de pena constante do § 4º do art. 33, da Lei n. 11.343/06, verifica-se que, na hipótese, o v. acórdão impugnado fundamentou o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada na conclusão de que "*FELIPE possui sério envolvimento com a máquina criminosa que movimenta o comércio ilícito de entorpecentes*" (fl. 35), concluindo pelo fato de que o paciente dedicava-se a atividades criminosas (tráficação), em razão das circunstâncias, elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

Ademais, rever o entendimento do eg. Tribunal de origem para fazer incidir a causa especial de diminuição, como reclama o impetrante, demandaria, necessariamente, **amplo revolvimento da matéria fático-probatória**, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do **mandamus**.

Nesse sentido os seguintes precedentes desta Corte Superior:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DA DROGA E CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA ALIADA A OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. BIS IN IDEM NÃO EVIDENCIADO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DO DELITO. AUMENTO DESPROPORCIONAL. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A OITO ANOS DE RECLUSÃO. CONCURSO MATERIAL. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. No termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado.

3. Hipótese em que as instâncias ordinárias, atentas as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas e do art. 59 do CP, consideraram, além da expressiva quantidade de droga apreendida (80,6 kg de maconha), as circunstâncias graves do delito (o transporte de droga "nos mesmos veículos em que levavam seus filhos, todos crianças, sendo uma delas autista", expondo-as da pior forma possível, a presenciarem as prisões dos acusados e a apreensão da droga, além de terem ficado na delegacia aguardando o socorro de algum familiar) para elevar a pena-base, pelo crime de tráfico de entorpecentes, em metade (7 anos e 6 meses de reclusão), o que não se mostra desproporcional).

[...]

6. **Concluído pelas instâncias ordinárias, com fulcro na expressiva quantidade de entorpecente encontrado, assim como nas demais circunstâncias do delito, que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, a alteração desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. (Precedentes).**

7. Não há bis in idem quando, não obstante tenha sido valorada a quantidade da droga na primeira e na terceira etapa do cálculo da pena, há também outros elementos dos autos que, por si sós, evidenciam a dedicação do agente ao tráfico ilícito de entorpecentes. Precedentes.

[...]

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, tão-somente, reduzir a pena-base pelo delito de porte ilegal de arma de fogo, tornando-a definitiva em 2 anos e 4 meses de reclusão mais 11 dias-multa" (HC n. 372.973/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 23/2/2017, grifei).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE CONSIDERÁVEL DAS DROGAS APREENDIDAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. TRÁFICO PRIVILEGIADO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. ELEVADA QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. CIRCUNSTÂNCIA QUE DENOTA A DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES ILÍCITAS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRIMADO DO NE BIS IN IDEM. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS QUE, APESAR DE TEREM JUSTIFICADO A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE, NÃO DEFINIRAM A FRAÇÃO REDUTORA DO PRIVILÉGIO, MAS APENAS IMPEDIRAM O SEU RECONHECIMENTO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- Consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, na fixação da pena do crime de tráfico de drogas, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente.

- No caso, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da quantidade elevada e variada dos entorpecentes apreendidos, estando, portanto, em consonância ao dispositivo legal mencionado.

- Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa. Contudo, na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução retromencionada, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

- Não há bis in idem quando o Tribunal a quo fixa a pena-base acima do mínimo por conta da quantidade elevada da droga apreendida e afasta a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação da paciente à atividade criminosa. Precedentes.

- **Hipótese em que inexistente coação ilegal no não reconhecimento do tráfico privilegiado pelas instâncias de origem, com base no fato de os pacientes dedicarem-se às atividades criminosas, ante a quantidade elevada e variada das drogas apreendidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito, notadamente agravadas diante da apreensão de dinheiro, munição e rádio comunicador, elementos aptos a justificar o afastamento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Alterar tal entendimento importa em revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus. Precedentes.**

- Habeas corpus não conhecido" (HC n. 379.203/SC, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 10/2/2017, grifei).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. LIMITE OBJETIVO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Embora a acusada fosse tecnicamente primária ao tempo do delito e possuidora de bons antecedentes, as instâncias ordinárias entenderam incabível a aplicação da minorante descrita no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 com base em elementos concretos que indicam a sua integração em organização criminosa, voltada especialmente para o tráfico de drogas.

2. Para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que a agravante não integraria organização criminosa, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência essa que, como cediço, é vedada na via estreita do habeas corpus.

3. Conquanto a agravante haja sido condenada a reprimenda superior a 4 anos e inferior a 8 anos de reclusão, foram apontados elementos concretos e idôneos - notadamente a quantidade da droga apreendida - que, efetivamente, evidenciam ser o regime inicial fechado o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, consoante o disposto no § 3º do art. 33 do Código Penal, com observância também ao preconizado no art. 42 da Lei de Drogas.

4. Não há como determinar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando o agente foi condenado a reprimenda acima de 4 anos de reclusão, superior, portanto, ao limite objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal.

5. Agravo regimental não provido" (AgInt no HC n. 402.261/MS, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 27/10/2017, grifei)

No que concerne à exclusão da majorante do tráfico praticado nas proximidades de instituição de ensino, art. 40, inciso III, da Lei 11.343/06, também não se vislumbra qualquer ilegalidade a ser sanada pela via mandamental, pois está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal, o qual entende que não é necessário a comprovação de que o acusado tinha a intenção de fornecer a substância para as pessoas que frequentam os lugares constantes do inciso III do citado artigo. Para a incidência dessa causa de aumento,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

basta que o crime tenha sido praticado nos locais designados no aludido dispositivo, ou seja, a pena é elevada exclusivamente em função do lugar do cometimento da infração.

Assim, na espécie, observa-se que o crime foi praticado nas imediações de estabelecimento de ensino. Tal fundamento, por si só, justifica a imposição da majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei 11.343/2006, sendo prescindível a prova de que o acusado tinha como "público-alvo" os frequentadores desses locais.

Nesse sentido os seguintes precedentes:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. (98,5 G DE COCAÍNA EM PEDRA, 19,3 G DE COCAÍNA EM PÓ E 49,5 G DE MACONHA, DEVIDAMENTE ACONDICIONADAS PARA A MERCÂNCIA). CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO (ART. 40, III, DA LEI N. 11.343/2006). PROXIMIDADE A TRÊS ESCOLAS E UM CENTRO DE RECREAÇÃO. COMPROVAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. NATUREZA, E QUANTIDADE DE DROGAS. 300 "PAPELOTES" PARA REVENDA DE CRACK, MACONHA E COCAÍNA EM PÓ. [...]"

3. Inexiste constrangimento ilegal em relação ao reconhecimento da causa especial de aumento prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, uma vez que restou devidamente comprovado que o paciente atuava próximo a estabelecimentos de ensino, pouco importando se ele estava ou não visando especialmente atingir estudantes desse estabelecimento ou efetivamente comercializando entorpecentes diretamente com os alunos das escolas.

4. A fixação da pena-base acima do mínimo legal, aliada à pena definitiva imposta (superior a 4 anos), justifica a imposição do regime inicial fechado de expiação.

5. Agravo regimental improvido" (AgRg no HC n. 283.816/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 6/10/2016 - grifei).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. DIVERSIDADE, NATUREZA E MAUS ANTECEDENTES. CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, INCISO III, DA LEI DE DROGAS. DELITO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COMETIDO NAS IMEDIAÇÕES DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE EFETIVA MERCANCIA NOS REFERIDOS LOCAIS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

5. *Em relação à causa de aumento do art. 40, inciso III, da Lei de Drogas, cumpre destacar que a respectiva majorante tem caráter objetivo, prescindindo da análise da intenção do acusado em comercializar drogas com alunos das instituições de ensino.*

6. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 359.467/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 26/8/2016 - grifei).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, INCISO III, DA LEI N.º 11.343/06. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. COMPROVAÇÃO DE QUE A MERCANCIA VISAVA A ATINGIR ESTUDANTES. DESNECESSIDADE. NÃO CONHECIMENTO.

1. *É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.*

2. *Hipótese em que as instâncias ordinárias concluíram, com arrimo nas provas e fatos constantes dos autos, que o delito de tráfico ilícito de entorpecentes restou plenamente caracterizado. Para se chegar a conclusão diversa, atendendo-se à pretensão de desclassificação, seria necessário proceder à análise do conjunto fático-probatório amealhado ao feito, o que não se admite em sede de habeas corpus, via angusta por excelência.*

3. *As instâncias de origem concluíram, com base em elementos concretos dos autos, que a hipótese de incidência da majorante do art. 40, inciso III, da Lei Antidrogas restou configurada, porquanto o paciente teria sido flagrado praticando tráfico ilícito de entorpecentes em local próximo a estabelecimento de ensino. Entendimento diverso constitui matéria de fato, não de direito, demandando exame amplo e profundo do elemento probatório, acarretando incursão na seara fático-probatória, inviável em sede de habeas corpus, via angusta por excelência.*

4. *Para a incidência da majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006 é desnecessária a efetiva comprovação*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de que a mercancia visava a atingir os estudantes, sendo suficiente que a prática ilícita tenha ocorrido nas imediações de estabelecimento de ensino, diante da exposição de pessoas ao risco inerente à atividade criminosa da narcotraficância.

5. *Habeas corpus não conhecido*" (HC n. 273.710/MS, **Sexta Turma**, Rel.^a. Min.^a. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 18/6/2014 - grifei).

Neste contexto, impõe redução da pena-base do agravante ao mínimo legal, qual seja, 5 (cinco) anos, e 500 (quinhentos) dias-multa, com consequente refazimento das demais fazes da dosimetria.

Mantido o afastamento da do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, pelo apurado envolvimento com o tráfico, como já mencionado.

Mantendo a majorante do tráfico praticado nas proximidades de instituição de ensino, art. 40, inciso III, da Lei 11.343/06, a qual foi aplicada a fração de 1/6 (um sexto), chega-se ao total de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses, e 583 dias multa.

Quanto ao regime inicial, verifica-se que a pena restou acima de 4 anos e tendo que o Tribunal de origem estabeleceu o regime inicial fechado nos seguintes termos, **in verbis** (fl. 35):

"Por fim, para o desconto da reprimenda carcerária, estabeleço o regime inicial fechado, a teor do que dispõe o artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/90, com a nova redação dada pela Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007."

Cumprir registrar que o Plenário do col. **Supremo Tribunal Federal** declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo.

Para tanto, devem ser observados os preceitos constantes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal. Esse também é entendimento perflhado por esta Corte, **in verbis**:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS, PORTE ILEGAL DE ARMA E RECEPÇÃO. PENAL. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. DESCABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. SANÇÃO MAIOR QUE QUATRO ANOS. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. RÉU PRIMÁRIO E SEM MAUS ANTECEDENTES. ADEQUAÇÃO. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

[...]

7. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

8. Fixada a pena-base no mínimo legal, inexistindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, em se tratando de réu primário e com bons antecedentes, não existe razão para negar o regime inicial semiaberto.

9. Ordem de habeas corpus não conhecida. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, para, mantida a condenação, fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente" (HC n. 239.999/MS, **Quinta Turma**, Rel.^a Min.^a **Laurita Vaz**, DJe de 21/8/2014, grifei).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. QUANTIDADE DE DROGAS. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO. [...]

3. 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 restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

4. In casu, a imposição do regime inicial fechado baseou-se, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores. Ademais, sequer foi analisada a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos quanto aos pacientes DEIVID e SIDNEY.

[...]

6. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastadas a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas e a fundamentação referente à gravidade abstrata do delito, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena, quanto aos três pacientes, e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, quanto aos pacientes DEIVID e SIDNEY" (HC n. 271.147/SP, **Sexta Turma**, Rel^a. Min^a. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 26/9/2014, grifei).

Ademais, a jurisprudência do col. Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que: "*a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada*" (Súmula n. 718/STF), e que: "*a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea*" (Súmula n. 719/STF).

Importante consignar, ainda, que, "*Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito*" (Súmula n. 440/STJ).

Na hipótese, verifica-se nos trechos acima colacionados que o regime inicial fechado foi determinado basicamente na **hediondez do delito**, não tendo sido apresentado fundamento concreto para imposição de regime mais gravoso do que o cabível em razão do **quantum** de pena aplicado.

Sendo o paciente primária, fixada a pena-base no mínimo legal e considerada como favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o regime inicial **semiaberto** mostra-se mais adequado para o resgate da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, alínea **b**, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido os seguintes precedentes desta Corte Superior:

"CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO. IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO. CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. SÚMULA 440/STJ. ORDEM NÃO CONHECIDA E HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

[...]

2. Os fundamentos genéricos utilizados do decreto condenatório não constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), contrariando a Súmula 440 deste Superior Tribunal.

3. A teor dos artigos 33, §§ 2º, alínea "b", e 3º, c/c 59, ambos do CP, não se afigura idônea a justificativa apresentada para afastar a aplicação ao caso concreto do regime semiaberto para cumprimento inicial da pena privativa de liberdade.

4. Estabelecida a pena-base no mínimo legal, pois o Julgador de 1º grau não entendeu que as circunstâncias do crime desbordavam das ínsitas ao crime de roubo, não se afigura razoável a imposição de regime prisional mais gravoso do que o indicado pela quantidade de pena fundada na gravidade abstrata do delito. Além disso, o simples fato de o paciente ter sido beneficiado com o reconhecimento da continuidade delitiva não permite o recrudescimento do meio prisional de desconto da reprimenda.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de estabelecer o regime prisional semiaberto para o desconto da sanção corporal imposta ao paciente, salvo se, por outro motivo, estiver descontando pena em regime mais severo" (HC n. 356.130/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 14/11/2016, grifei).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO PELO USO DE ARMA DE FOGO E PELO CONCURSO DE PESSOAS (ART. 157, § 2º, I E II, DO CÓDIGO PENAL). UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE INFERIOR A 8 ANOS. PACIENTE PRIMÁRIO. PENA-BASE ESTABELECIDA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL FECHADO, PARA INÍCIO DE CUMPRIMENTO DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REPRIMENDA, COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO, PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 440 DO STJ E 718 E 719 DO STF. EXISTÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

[...]

V. Cuida-se, na presente hipótese, de réu primário, cuja pena definitiva restou fixada em 5 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, tendo a pena-base sido fixada no mínimo legal, por serem favoráveis as circunstâncias judiciais (art. 59 CP), e o regime inicial estabelecido com base na gravidade abstrata do delito de roubo circunstanciado, pelo emprego de arma de fogo. O mesmo acórdão registrara que, "neste caso concreto, apesar do uso de uma arma de fogo e concurso de pessoas, não se vislumbra relevância em tais circunstâncias".

VI. Se todas as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis ao paciente, primário, sendo-lhe fixada a pena-base no mínimo legal, não há como manter o regime inicial fechado, invocando a gravidade abstrata do delito de roubo circunstanciado pelo emprego de arma de fogo, razão pela qual deve ser fixado o regime inicial semiaberto, com fundamento no art. 33, §§ 2º, b, e 3º, do Código Penal. Incidência das Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF.

VII. Habeas corpus não conhecido.

VIII. Ordem concedida, de ofício, na esteira do parecer ministerial, para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade (art. 33, §§ 2º, b, e 3º, CP)" (HC n. 274.655/SP, Sexta Turma, Relª. Minª. Assusete Magalhães, DJe de 3/2/2014, grifei).

Por fim, quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, encontra-se prejudicada, uma vez que mantida a condenação a pena superior a 4 anos, permanece desautorizada, **in casu**, a concessão do benefício, já que ausentes os pressupostos legais previstos no art. 44, I, do Código Penal.

Ante o exposto, não conheço do **writ**.

Contudo, **concedo a ordem de ofício** para afastar os maus antecedentes, fundados em inquéritos policiais e ações penais em curso, com consequente fixação da pena-base no mínimo legal, bem como restabelecer o **regime inicial semiaberto** para resgate da pena, mantidos os demais termos da condenação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0314502-0

HC 480.887 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00006024920168260545 180516 20180000165250 6024920168260545

EM MESA

JULGADO: 07/02/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

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	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO BRUNO DIAZ NAPOLITANO - SP236733
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: FELIPE MORAES (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.