



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 364.765 - MG (2016/0199032-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : ABADIO APARECIDO DOS SANTOS JÚNIOR (PRESO)

EMENTA

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 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 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.
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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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 e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 13 de dezembro de 2016(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 364.765 - MG (2016/0199032-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : ABADIO APARECIDO DOS SANTOS JÚNIOR (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **ABADIO APARECIDO DOS SANTOS JÚNIOR**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Consta nos autos que o paciente foi condenado à pena de 6 (seis) anos de reclusão, em regime fechado, mais o pagamento de 700 (setecentos) dias-multa pela prática do crime tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Em grau recursal, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao apelo defensivo para reduzir a pena para 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mantida, no mais, a sentença condenatória.

Interpostos embargos infringentes, estes não foram conhecidos.

Nesta Corte, o impetrante alega manifesto constrangimento ilegal, porque o Tribunal de origem deixou de aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com base em fundamento inidôneo, uma vez que considerados como maus antecedentes condenação sem trânsito em julgado. Afirma, ainda, que a consulta efetivada em sítio eletrônico não é hábil para embasar a valoração negativa da vida pregressa do paciente, pois é documento fora dos autos.

Sustenta, também, que a quantidade e a natureza da droga não podem ser sopesadas para aumentar a pena-base e para afastar a aplicação da minorante pelo tráfico privilegiado, sob pena de *bis in idem*.

Requer, assim, a aplicação da causa de diminuição em apreço, no patamar máximo, assim como a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

Liminar indeferida (e-STJ, fls. 316-317).

O Ministério Público Federal opinou pela manutenção da decisão impugnada (e-STJ, fls. 355-360).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 364.765 - MG (2016/0199032-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : ABADIO APARECIDO DOS SANTOS JÚNIOR (PRESO)

EMENTA

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 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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.

Passo, assim, à análise das alegações do impetrante.

O Tribunal de origem, ao prover em parte o recurso da defesa para afastar a agravante da reincidência, reconhecida em primeiro grau, procedeu a readequação da pena nos seguintes termos:

"Quanto aos questionamentos defensivos acerca da dosimetria da pena, entendo que a sanção merece pequena reforma.

Desde logo, concebo que a pena-base (fixada em seis anos de reclusão) mostrou-se escorreita, sendo a elevação justificada pelos maus antecedentes do acusado (condenação anterior pelo mesmo crime de tráfico de drogas), considerando ainda a quantidade e diversidade de drogas apreendidas (vinte pedras *crack* e dezoito pinos de cocaína).

Contudo, realmente não há prova cabal da reincidência do acusado. Sua certidão de antecedentes mostra sua condenação, em 26/06/13, por narcotráfico, sem, todavia, especificar a data do trânsito em julgado. Compulsando o andamento processual daquele feito no *site* desta Corte, observa-se que a condenação anterior transitou livremente em julgado, mas não especifica o dia, o que permitiria supor que poderia ter ocorrido após o crime *sub judice* (ocorrido em 15/08/13). **Assim, considerando que a presunção deve operar em favor do réu, concluo que Abadio possui maus antecedentes (condenação definitiva por crime anterior), mas não é reincidente (dada a incerteza acerca da data exata do trânsito em julgado de tal condenação).**

Portanto, decoto a agravante reconhecida na sentença e, aplicando a atenuante da confissão espontânea, reduzo a pena do acusado para 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, concretizada à míngua de outras causas de oscilação. Mantenho a pena de multa fixada na sentença, para evitar *reformado in pejus*, por já ter sido ela fixada abaixo do mínimo legal (trinta dias-multa).

Saliento descaber a incidência da minorante prevista no parágrafo 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos, em virtude dos maus antecedentes de Abadio. Pela mesma razão, considerados seus maus antecedentes e a pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicada, atenta ainda às demais circunstâncias fáticas evidenciadoras da reprovabilidade da conduta proscribida perpetrada, mantenho o regime fechado. Noutro giro, a substituição de pena, *in casu*, é juridicamente vedada em função do *quantum* de sanção aplicada." (e-STJ, fls. 209-210 – grifo nosso).

No voto do revisor, consta:

"Coloco-me de acordo com o voto condutor, ressaltando apenas o entendimento de que, nos termos da Súmula 444 do STJ, apenas sentença condenatória transitada em julgado para as partes podem ser consideradas para macular os antecedentes do réu.

Assim, ausente a data do trânsito em julgado para as partes da condenação anterior na CAC de f. 33, impossível o reconhecimento dos maus antecedentes. Ressalta-se que a informação de que tal condenação transitou em julgado para as partes verificada no sítio deste Tribunal não é apta a comprovar tal fato, eis que tal documento não foi juntado aos autos, sob o crivo do contraditório e muito menos antes da sentença primeva.

Todavia, verifica-se que **a pena base não merece qualquer reparo, eis que a natureza a quantidade da droga, com fulcro no art. 42 da Lei 11.343/06, justificam a sua fixação acima do mínimo legal**, encontrando-se em patamar suficiente para a prevenção e reprovação do delito." (e-STJ, fl. 178 – grifo nosso).

Inicialmente, convém destacar que a individualização da pena, como atividade 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.

A teor 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.

Como é cediço, o legislador ao instituir o referido benefício legal, teve como objetivo conferir tratamento diferenciado aos pequenos e eventuais traficantes, não alcançando, assim, aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida.

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (RHC 72.118/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 26/10/2016 e AgRg no REsp 1442055/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 04/08/2015, DJe 18/08/2015).

In casu, observa-se que o Tribunal de origem concluiu, motivadamente, pela dedicação do paciente a atividades criminosas, tendo em vista o registro de outra sentença condenatória, também, pelo crime de tráfico de entorpecentes.

E, 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 é habitual na prática delitiva



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A propósito, os seguintes julgados de ambas as Turmas desta Corte que respaldam esse entendimento:

"[...] 1. Para a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas. A razão de ser da causa especial de diminuição de pena é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, ao cometer um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal.

2. Certo é que a existência de inquéritos policiais ou de ações penais em andamento não possuem o condão de exasperar a reprimenda-base, consoante o enunciado na Súmula n. 444 deste Superior Tribunal. Essa, aliás, é a essência do princípio da presunção de não culpabilidade. Contudo, não há óbice a que processos em andamento ou mesmo condenações ainda sem a certificação do trânsito em julgado possam, à luz das peculiaridades do concreto concreto, ser considerados elementos aptos a demonstrar, cautelarmente, eventual receio concreto de reiteração delitiva (ensejando, por conseguinte, a necessidade de prisão preventiva para a garantia da ordem pública) ou mesmo para evidenciar, como no caso, a dedicação do acusado a atividades criminosas, notadamente quando verificado que as anotações anteriores também são relativas ao crime de tráfico de drogas.

3. O registro de feitos criminais em curso ou condenações ainda pendentes de definitividade podem afastar o redutor não por ausência de preenchimento dos dois primeiros requisitos elencados pelo legislador, quais sejam, a primariedade e a existência de bons antecedentes, mas pelo descumprimento do terceiro e/ou do quarto requisito exigido pela lei, que é a ausência de dedicação do acusado a atividades delituosas e a sua não integração em organização criminosa.

4. Importante a observação de que não basta a existência de uma condenação anterior ou de um processo em andamento para autorizar a conclusão de que o acusado se dedica a atividades criminosas, notadamente quando o crime anterior em nada interferir na compreensão de que se trata de um pequeno traficante ou de um traficante ocasional.

5. É possível que o julgador que, dentro de sua discricionariedade juridicamente vinculada, possa livremente valorar as provas carreadas aos autos e os demais dados constantes do processo - inclusive os depoimentos de testemunhas ou mesmo a confissão do acusado - para, se for o caso, se convencer de que o agente não é merecedor do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei n.

11.343/2006, por se dedicar a atividades criminosas.

6. A conclusão pela inviabilidade de reconhecimento da referida minorante não demanda, na espécie, o revolvimento de matéria fático-probatória, procedimento que, de fato, é obstado pela Súmula n. 7 deste Superior Tribunal. O caso em análise, diversamente, demanda apenas a reavaliação de fatos incontroversos que já estão delineados nos autos, bem como a discussão, meramente jurídica, acerca da interpretação a ser dada às anotações constantes na folha de antecedentes penais do acusado." (AgRg no AREsp 938.492/MG, Rel. Ministra MARIA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/09/2016, DJe 06/10/2016).

"[...] 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." (HC 363.946/SP, de minha relatoria, julgado em 04/10/2016, DJe 18/10/2016).

Releva anotar que, ao contrário do sustentado pela defesa, há, sim, prova nos autos que demonstram a existência dessa condenação, ainda que não definitiva, pelo crime de tráfico de drogas. Consta no acórdão impugnado que "sua **certidão de antecedentes** mostra sua condenação, em 26/06//2013, por narcotráfico, sem, todavia, especificar a data do trânsito em julgado" (e-STJ, fl. 176 – grifo nosso).

Como se observa, o que não foi juntado ao feito, na verdade, é a documentação que comprove a data do trânsito em julgado dessa condenação.

Portanto, na forma da jurisprudência acima destacada, o paciente não faz jus ao benefício da redução da pena pelo privilégio quando constatada sua habitualidade delitiva, evidenciada no registro de outra sentença condenatória por crime da mesma natureza, ainda sem trânsito em julgado.

Destaco, também, que, no cálculo da pena, foram sopesados fatos distintos para justificar o aumento da pena-base (quantidade e diversidade da droga apreendida) e para afastar a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (condenação em outro processo por narcotráfico), razão pela qual afasto o alegado *bis in idem*.

Por sua vez, identifico, no acórdão impugnado, manifesta ilegalidade imposta ao paciente que autoriza a concessão da ordem, de ofício.

Segundo se infere dos trechos transcritos, o paciente teve a pena-base elevada em um ano de reclusão, com fundamento nos maus antecedentes, na quantidade e na diversidade das drogas apreendidas.

Entretanto, conforme firmado, a certidão acostada aos autos não noticia a data do trânsito em julgado da condenação existente em desfavor do paciente. Logo, ante a incerteza do momento em que se operou tal fato jurídico (antes ou após ao novo delito), é inadmissível a utilização dessa condenação para agravar a situação do acusado, seja como agravante de reincidência, seja como maus antecedentes.

A jurisprudência desta Corte é firme de que 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido:

"[...]"

5. As ações penais em andamento, sem notícia de trânsito em julgado, não justificam o aumento da pena-base, seja como maus antecedentes, ou como personalidade voltada à prática de delitos. Inteligência da Súmula 444/STJ.

6. No tocante à culpabilidade do crime de roubo, a valoração negativa da vetorial foi corretamente empreendida, visto que, conforme expressamente disposto no acórdão atacado, o *modus operandi* empregado no intento criminoso, ultrapassou a reprovabilidade comum à espécie.

7. *Habeas corpus* não conhecido, mas ordem concedida de ofício para reduzir as penas a 7 anos e 8 meses de reclusão, além de 14 dias-multa, em regime inicial fechado."

(HC 164.999/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 23/11/2015, grifou-se.)

Com efeito, sendo inidônea a valoração de processo em curso para a caracterização dos maus antecedentes, nos termos da Súmula 444/STJ, a quantidade e a diversidade da droga remanescem como únicas circunstâncias desfavoráveis, devendo a pena-base ser redimensionada.

Passo à readequação da individualização da reprimenda.

A pena-base fica estabelecida acima do mínimo legal, em 5 anos e 6 meses de reclusão, pela aferição negativa da quantidade e da diversidade da droga apreendida (circunstâncias preponderantes, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

Na fase seguinte, reconhecida a atenuante de confissão espontânea, reduzo-a para 5 anos de reclusão e ao pagamento de 500 dias-multa. Mantida afastada a minorante da Lei de Drogas e ausente qualquer outra circunstância modificativa, a pena fica definitiva em **5 anos de reclusão e ao pagamento de 500 dias-multa**.

Em relação ao pedido de alteração do regime prisional, não assiste razão ao impetrante.

O Tribunal estadual manteve o modo mais gravoso destacando "as circunstâncias fáticas evidenciadoras da reprovabilidade da conduta proscria perpetrada" (e-STJ, fl. 177).

A obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crime hediondo e a ele equiparado não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, no § 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 à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenado por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, cuja norma determina a preponderância dos vetores referentes à natureza e à quantidade de drogas sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal.

No caso em apreço, tendo sido valorada 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.

Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"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.

[...]

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 283.816/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/09/2016, DJe 06/10/2016).

"DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA. PRIMARIEDADE. DETRAÇÃO. TEMAS NÃO ENFRENTADOS PELA CORTE DE ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONDENAÇÕES ANTERIORES. DECURSO DO PRAZO PREVISTO NO ART. 64, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. MAUS ANTECEDENTES. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. CIRCUNSTÂNCIAS QUE IMPEDEM A APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ADEQUAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA. REQUISITO OBJETIVO NÃO PREENCHIDO. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

5. Devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial fechado, em razão da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e das circunstâncias do caso concreto, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

6. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos e 6 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

7. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 354.928/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 12/09/2016).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, estabelecido o *quantum* da sanção em patamar superior a 5 (cinco) anos de reclusão, é inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

Diante do exposto, **não conheço** deste *habeas corpus*. Contudo, concedo a ordem, 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.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0199032-1

HC 364.765 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10702130603195005 702130603195

EM MESA

JULGADO: 13/12/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE	: ABADIO APARECIDO DOS SANTOS JÚNIOR (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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.