



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 364.423 - SP (2016/0196950-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JULIA APARECIDA ROMÃO DA SILVA - DEFENSORA PÚBLICA - SP306040
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RICARDO FELIX DE ALENCAR OLIVEIRA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. PREPONDERÂNCIA. QUANTIDADE, DIVERSIDADE E NATUREZA DA DROGA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. *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. A teor do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias judiciais estabelecidas no 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 a reprimenda inicial foi majorada com fundamento na natureza, na diversidade e na quantidade de drogas apreendidas com o paciente (62,7g de cocaína, acondicionados em 51 supositórios plásticos, 23,4g de *crack*, acondicionados em 73 porções, 28,4g de maconha, acondicionados em 23 porções; e 1,2g de "haxixe"), o que não se mostra manifestamente ilegal.

4. 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 (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

5. Concluído pelas instâncias ordinárias, com base nas provas obtidas nos autos e na própria confissão do paciente, que ele se dedica ao tráfico de drogas, a modificação 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).

6. Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, o julgador deve ater-se às diretrizes estabelecidas no art. 33 c/c o art. 59 do CP, e, na hipótese de condenado pelo crime de tráfico de drogas, também ao disposto no art. 42 da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

n. 11.343/2006.

7. Fixada a pena definitiva em 5 anos de reclusão, revela-se correta a imposição do regime inicial fechado (imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada), tendo em vista a aferição desfavorável de uma das circunstâncias judiciais, nos exatos termos do art. 33, § 2º, "a", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

8. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do atendimento do requisitos objetivo, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

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), 17 de novembro de 2016(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 364.423 - SP (2016/0196950-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JULIA APARECIDA ROMÃO DA SILVA - DEFENSORA PÚBLICA - SP306040
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RICARDO FELIX DE ALENCAR OLIVEIRA

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **RICARDO FELIX DE ALENCAR OLIVEIRA**, em que se aponta 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, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Em sede recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo.

Neste *writ*, o impetrante insurge-se contra a dosimetria da pena fixada, sustentando ser desproporcional a exasperação da pena-base, com fundamento apenas na quantidade e na variedade das drogas apreendidas, que entende já integrar o próprio tipo penal.

Aduz que, embora o paciente seja primário, possua bons antecedentes, não se dedique a atividade ilícita nem integre organização criminosa, as instâncias ordinárias deixaram de aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com base em meras conjecturas e ilações, não tendo apresentado nenhum fundamento concreto.

Salienta que, nos termos das Súmulas 718 e 719 do STF e 440 do STJ, gravidade abstrata do delito não pode justificar a fixação de regime mais gravoso e 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.

Requer, assim, a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, em seu patamar máximo, bem como a fixação de regime mais brando e sua substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Liminar indeferida (e-STJ, fls. 42-45).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 55-56 e 77).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 87-92).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 364.423 - SP (2016/0196950-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JULIA APARECIDA ROMÃO DA SILVA - DEFENSORA PÚBLICA - SP306040
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RICARDO FELIX DE ALENCAR OLIVEIRA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. PREPONDERÂNCIA. QUANTIDADE, DIVERSIDADE E NATUREZA DA DROGA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. *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. A teor do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias judiciais estabelecidas no 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 a reprimenda inicial foi majorada com fundamento na natureza, na diversidade e na quantidade de drogas apreendidas com o paciente (62,7g de cocaína, acondicionados em 51 supositórios plásticos, 23,4g de *crack*, acondicionados em 73 porções, 28,4g de maconha, acondicionados em 23 porções; e 1,2g de "haxixe"), o que não se mostra manifestamente ilegal.

4. 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 (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

5. Concluído pelas instâncias ordinárias, com base nas provas obtidas nos autos e na própria confissão do paciente, que ele se dedica ao tráfico de drogas, a modificação 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).

6. Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, o julgador deve ater-se às diretrizes estabelecidas no art. 33 c/c o art. 59 do CP, e, na hipótese de condenado pelo crime de tráfico de drogas, também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. Fixada a pena definitiva em 5 anos de reclusão, revela-se correta a imposição do regime inicial fechado (imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada), tendo em vista a aferição desfavorável de uma das circunstâncias judiciais, nos exatos termos do art. 33, § 2º, "a", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

8. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do atendimento do requisitos objetivo, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

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.

Nesse contexto, passo ao exame das supostas ilegalidades apontadas pela defesa. Eis o teor da sentença condenatória, no tocante à individualização da pena (e-STJ, fls. 7-8):

"6.- Passo a fixar a pena, enquadrando a conduta do réu no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006.

É necessária a fixação da pena-base do crime do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 acima do mínimo legal, em razão das circunstâncias judiciais manifestamente desfavoráveis, conforme autoriza o artigo 59 do Código Penal.

Trata-se de 62,7g da droga cocaína, acondicionados em 51 supositórios plásticos; 23,4g de "crack", acondicionados em 73 porções; 28,4g de maconha, acondicionados em 23 porções; e 1,2g de "haxixe", que seriam destinados a um grande número de pessoas desta cidade. Sendo assim, fixo a pena-base acima do mínimo legal em sete anos de reclusão e setecentos dias-multa.

Não existem agravantes a serem consideradas. Reconheço as atenuantes da menoridade relativa do réu e da confissão espontânea e reduzo as penas para o mínimo legal de CINCO ANOS DE RECLUSÃO e pagamento de QUINHENTOS DIAS-MULTA.

Não há causas de aumento de pena. Deixo de aplicar a causa de redução de pena prevista no artigo 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006, uma vez que as provas dos autos como as circunstâncias e o local onde se deram os acontecimentos demonstram a dedicação do réu às atividades criminosas. De se notar, ainda, que o réu não provou em juízo que possui qualquer atividade lícita, sendo de se concluir que se dedicava integralmente ao tráfico de drogas.

Aliás, deixo assentado que tal causa de diminuição é inconstitucional, pois exige requisitos (primário, tenha bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa) que em nada se relacionam com o tráfico, fazendo indevida discriminação em detrimento de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenados pelos demais crimes, que embora possam se enquadrar na hipótese (primário, tenha bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa), não têm o mesmo benefício."

A Corte *a quo*, por sua vez, assim se manifestou:

"A condenação foi bem lançada, o próprio réu confessou a prática delitiva. Com efeito, a confissão do apelante, aliado aos depoimentos dos milicianos foram o bastante para o desate condenatório.

A insurgência versa sobre a possibilidade de aplicação do redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei Antidrogas, fixação de regime mais brando para início de cumprimento de pena, substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos e aplicação da detração penal, de maneira que passo à análise de tais questões.

Atento aos critérios norteadores previstos no artigo 59 do Código Penal e artigo 42 da Lei Antidrogas, fixou-se a básica acima do mínimo legal, fundamentando o duto magistrado, na quantidade e nocividade dos entorpecentes apreendidos, o que entendo correto e mantenho.

Na fase intermediária, presente as circunstâncias atenuantes da menoridade e da confissão, a reprimenda volta ao patamar mínimo legal.

Na fase derradeira, sem causas de aumento ou diminuição, resultando na reprimenda imposta, não comportando reparos.

De fato, não era mesmo o caso de aplicação da causa especial de diminuição da pena, prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/06, havendo fundamentação suficiente na sentença, que concluiu estar comprovado que o apelante se dedicava à atividade criminosa, o que se evidenciou pelas provas obtidas nos autos e consoante própria confissão do inculpado. Ainda que assim não fosse, fica vedada a aplicação do redutor *in casu*, ante a grande quantidade de droga apreendida, segundo entendimento firmado por esta C. Câmara de Julgamento." (e-STJ, fls. 37-38).

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.

No termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias judiciais estabelecidas no 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.

In casu, verifica-se que as instâncias ordinárias, em decisão motivada, atentas as diretrizes do art. 42 do CP, valoraram como preponderantes a natureza, a diversidade e a quantidade de drogas apreendidas com o paciente (62,7g de cocaína, acondicionados em 51 supositórios plásticos, 23,4g de *crack*, acondicionados em 73 porções, 28,4g de maconha, acondicionados em 23 porções; e 1,2g de "haxixe"), para justificar o aumento da pena-base em dois anos de reclusão.

Desse modo, levando-se em conta as penas máxima e mínima abstratamente cominadas ao delito de tráfico de drogas (5 a 15 anos), e tendo sido utilizados elementos válidos para a majoração da pena, não se identifica a manifesta ilegalidade sustentada pela defesa, nesse ponto.

Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. VARIEDADE E QUANTIDADE DA DROGA. LEGALIDADE. CULPABILIDADE, MOTIVAÇÃO E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA IDÔNEA. ILEGALIDADE. *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO. REDIMENSIONAMENTO.

[...]

3. A natureza e a quantidade da droga justificam a exasperação da pena-base acima no mínimo legal, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06.

[...]"

(HC 174.628/ES, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 3/12/2015).

Quanto ao pleito de aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, também não assiste razão ao paciente.

No acórdão impugnado, consta que "há fundamentação suficiente na sentença, que conclui estar comprovada que o apelante se dedicava à atividade criminosa, o que se evidenciou pelas provas obtidas nos autos e consoante a própria confissão do inculpado" (e-STJ, fl. 38).

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 na Lei n. 11.343/2006, 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).

Na hipótese dos autos, observa-se que o Juízo de 1º grau e o Tribunal de origem concluíram pela dedicação do paciente a atividades criminosas, levando em consideração as provas obtidas nos autos e a sua própria confissão.

Assim, assentado pelas instâncias antecedentes, soberanas na análise dos fatos, que o paciente faz do comércio ilícito de entorpecentes uma atividade habitual, a modificação 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*.

A propósito:

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTO IDÔNEO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PARA AUMENTAR A PENA-BASE. NÃO APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO DO PACIENTE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME FÁTICO. INOCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. REGIME PRISIONAL COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. INADMISSIBILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE RECONHECIDA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar a existência de eventual coação ilegal.

- A pena-base foi fixada em 5 anos e 10 meses de reclusão, ou seja, 1/6 acima do mínimo legal, considerando-se a quantidade e a natureza da droga apreendida, em perfeita consonância com o art. 42 da Lei n. 11.343/06.

- A redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não foi aplicada por entender o Magistrado sentenciante, com base em outros elementos constantes dos autos, diversos da quantidade da droga, que o acusado se dedicava às atividades criminosas. Desse modo, afigura-se inviável, pela estreita via do *habeas corpus*, adotar conclusão diversa daquela apresentada pelas instâncias ordinárias, uma vez que é vedada a reincursão nos fatos e provas dos autos na espécie processual eleita. Precedentes. Inexiste *bis in idem*, pois inaplicável ao caso concreto o precedente firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do ARE 666334 RG, Relator Min. GILMAR MENDES, DJe 6.5.2014

- A fixação do regime prisional deve ser feita em consonância com o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, sendo certo que, no julgamento do *habeas corpus* n. 111.840/ES o Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, seja na sua redação original (HC n. 82.959/SP), seja na redação da Lei n. 11.464/2007 (HC n. 111.840/ES), o qual determinava a obrigatoriedade do regime fechado para os condenados por crimes hediondos e os a eles equiparados.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Juiz das Execuções, afastado o óbice legal, fixe o regime mais adequado para o início do cumprimento da pena, observados os parâmetros traçados no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal."

(HC 325.122/SP, Rel. Min. ERICSON MARANHÃO (Desembargador convocado do TJ/SP), SEXTA TURMA, DJe 31/3/2016).

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do(a) acusado(a), que este(a) não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.

2. Não há constrangimento ilegal no ponto em que o Tribunal de Justiça estadual, sem piorar a situação do réu, manteve a não aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, com



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

base em elementos concretos assinalados na sentença condenatória, que evidenciaram a dedicação do acusado à atividade criminosa do tráfico (depoimentos de testemunhas, funcionamento de boca de fumo no local da prisão, apreensão de balança de precisão e quantidade de pasta-base de cocaína apreendida).

3. Ordem não conhecida."

(HC 324.460/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 11/9/2015.)

Quanto ao regime prisional, a Corte *a quo* fixou o modo mais gravoso de cumprimento de pena sob a seguinte motivação:

"Fixou-se o regime fechado para início de cumprimento de pena, não merecendo reparos, pois tratando de crime de tráfico, o regime inicial fechado é o único capaz de prover ressocialização do increpado, tendo em vista que suas limitações são as mais rigorosas possíveis, ensejando a reflexão e a repressão do impulso delitivo. Ademais, a Lei 11.464, de 28 de março de 2007, que alterou a redação do artigo 2º da Lei 8.072/90, permitiu a progressão de regime aos condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados." (e-STJ, fl. 38).

Como é sabido, 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 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.

Consigne-se, ainda, que, conforme entendimento cristalizado nas Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF, a fixação de regime mais gravoso, do que o legalmente previsto para a sanção imposta, exige fundamentação idônea e amparada em elementos concretos extraídos dos autos.

No caso em apreço, embora o paciente seja primário e a pena tenha sido estabelecida em 5 (cinco) anos de reclusão, revela-se correta a imposição do regime inicial fechado (imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada), tendo em vista a aferição desfavorável de uma das circunstâncias judiciais (a variada, natureza e expressiva quantidade de entorpecentes apreendidos – 62,7g de cocaína, acondicionados em 51 supositórios plásticos, 23,4g de *crack*, acondicionados em 73 porções, 28,4g de maconha, acondicionados em 23 porções; e 1,2g de "haxixe"), nos exatos termos do art. 33, § 2º, "a", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

Nesse sentido:

"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

Por fim, estabelecido o *quantum* da sanção corporal 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: 2016/0196950-1

HC 364.423 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00018476220158260050 1502015 18476220158260050 20160000357799 4332015

EM MESA

JULGADO: 17/11/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSE ADONIS CALLOU DE ARAUJO SA**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: JULIA APARECIDA ROMÃO DA SILVA - DEFENSORA PÚBLICA - SP306040
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: RICARDO FELIX DE ALENCAR OLIVEIRA

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

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