



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 522.784 - SP (2019/0213729-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : ANTONIO ROBERTO SOARES
ADVOGADO : ANTONIO ROBERTO SOARES - SP206292
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LYNIKON ASSIS DE PAULA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INDIQUEM A DEDICAÇÃO DO AGENTE EM ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE, DIVERSIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. APLICABILIDADE DO ÍNDICE EM MENOR EXTENSÃO. REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE, NATUREZA E VARIEDADE DOS ENTORPECENTES. MODO FECHADO. DETRAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO OBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA EM PARTE. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA 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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. 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).

3. Hipótese em que à míngua de elementos probatórios que denotem ser o paciente habitual na prática delitiva ou que integre organização criminosa, e verificada a sua primariedade e seus bons antecedentes, impõe-se a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração 1/6, atento aos vetores do art. 42 da referida lei.

4. Embora o paciente seja primário e a pena tenha sido estabelecida em 4 anos e 2 meses de reclusão, o regime inicial fechado é o adequado para a reprovação do delito, tendo em vista a quantidade, a natureza e a variedade de drogas apreendidas, nos exatos termos dos arts. 42 da Lei de Drogas c/c o art. 33 do Código Penal.

5. O pleito relativo à detração penal não foi debatido na instância anterior, o que impede a análise do tema diretamente por esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância. Precedente.

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

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 1/6, ficando a pena final em 4 anos e 2 meses de reclusão, mais pagamento de 416 dias-multa, mantido o regime inicial fechado.

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, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 17 de setembro de 2019 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 522.784 - SP (2019/0213729-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : ANTONIO ROBERTO SOARES
ADVOGADO : ANTONIO ROBERTO SOARES - SP206292
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LYNIKON ASSIS DE PAULA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **LYNIKON ASSIS DE PAULA**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos de reclusão, em regime fechado, mais 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*, alega o impetrante que a quantidade de entorpecente apreendido não constitui elemento suficiente para afastar o redutor do tráfico privilegiado, sobretudo por ser o paciente primário de bons antecedentes.

Aduz que o regime mais gravoso foi estabelecido com amparo na gravidade abstrata e na hediondez do delito, em contrariedade às Súmulas 440 do STJ, 718 e 719 do STF. Defende a aplicação da permuta legal

Requer, assim, a aplicação do redutor na fração máxima, a fixação do regime aberto, observado o disposto no art. 387, § 2º, do CPP, e a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

Liminar indeferida (e-STJ, fls. 87-88).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 92-93).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ, fls. 123-129).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 522.784 - SP (2019/0213729-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : ANTONIO ROBERTO SOARES
ADVOGADO : ANTONIO ROBERTO SOARES - SP206292
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LYNIKON ASSIS DE PAULA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INDIQUEM A DEDICAÇÃO DO AGENTE EM ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE, DIVERSIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. APLICABILIDADE DO ÍNDICE EM MENOR EXTENSÃO. REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE, NATUREZA E VARIEDADE DOS ENTORPECENTES. MODO FECHADO. DETRAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO OBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA EM PARTE. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA 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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.
2. 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).
3. Hipótese em que à míngua de elementos probatórios que denotem ser o paciente habitual na prática delitiva ou que integre organização criminosa, e verificada a sua primariedade e seus bons antecedentes, impõe-se a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração 1/6, atento aos vetores do art. 42 da referida lei.
4. Embora o paciente seja primário e a pena tenha sido estabelecida em 4 anos e 2 meses de reclusão, o regime inicial fechado é o adequado para a reprovação do delito, tendo em vista a quantidade, a natureza e a variedade de drogas apreendidas, nos exatos termos dos arts. 42 da Lei de Drogas c/c o art. 33 do Código Penal.
5. O pleito relativo à detração penal não foi debatido na instância anterior, o que impede a análise do tema diretamente por esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância. Precedente.
6. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do atendimento do requisito objetivo, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.
7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 1/6, ficando a pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

final em 4 anos e 2 meses de reclusão, mais pagamento de 416 dias-multa, mantido o regime inicial fechado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

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

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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.

Sob tal contexto, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesto constrangimento ilegal que autorize a concessão da ordem, de ofício.

O Juízo sentenciante, ao condenar o paciente à pena de 5 anos de reclusão, deixou de aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, pelos seguintes fundamentos:

"Pela quantidade de entorpecentes encontrada, fracionamento e diversidade das drogas, pois apreendidos 05 comprimidos de *ectasy* (1,38g), 06 porções de maconha (41,52g), 13 micro tubos de cocaína (1,7g), 03 frascos de lança-perfume (930ml) e 06 micro pontos de LSD (0,18g), ou seja, CINCO TIPOS DE DROGAS, duas delas sintéticas (*ectasy* e *Lsd*), tipicamente vendidas em festas, pois por seu tipo, forma, tamanho, ausência de odor, gera muito maior dificuldade de serem apreendidas e até confundidas com mero medicamento, constata-se que o réu se dedica a atividade criminosa envolvendo o tráfico de drogas (e tal dedicação não precisa ser exclusiva), tanto que, informalmente, disse que venderia as drogas em festa 'rave' e que o dinheiro apreendido em sua casa, auferiu na venda, dias antes, de drogas (mesmo que não houvesse tal informação, o redutor de pena seria vedado, pois o imputado, manifestamente, se dedica a atividade criminosa atinente ao tráfico, ainda que possa ter outra atividade), pelo que a pena-base será mantida, sem mitigação (afastando-se o privilégio)" (e-STJ, fl. 42).

A Corte de origem manteve afastada a referida minorante em decisão assim motivada:

"Deixou acertadamente, por outro lado, de aplicar a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da referida lei, haja vista as peculiaridades do caso em concreto, no qual se concluiu, sem dúvidas, que o acusado possuía intensa participação no tráfico, dedicando sua vida, assim, totalmente a esta atividade, não sendo razoável beneficiar um agente diretamente envolvido a atividade criminosa, beneficiando-se de tal circunstância; por certo, este não foi o objetivo do legislador, que visa abrandar a pena tão somente do 'pequeno traficante', não sendo, pois, o caso dos autos. Confira-se:

[...]

Repise-se, o acusado foi pego com 05 comprimidos de *ectasy* (1,38g), 06 porções de maconha (41,52g), 13 micro tubos de cocaína (1,7g), 03 frascos de lança-perfume (930ml) e 06 micro pontos de LSD (0,18g). Nítido, assim, seu envolvimento direto com o tráfico" (e-STJ, fls. 32-34).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Inicialmente, convém destacar que a individualização da pena é uma atividade vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo permitido ao julgador, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, **ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade**, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria.

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.

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 delito, 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 (HC 401.121/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1º/8/2017 e AgRg no REsp 1.390.118/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 30/5/2017).

In casu, as instâncias ordinárias afastaram a incidência da minorante por entenderem que a quantidade, a natureza e a diversidade das drogas - 5 comprimidos de *ectasy* (1,38g), 6 porções de maconha (41,52g), 13 micro tubos de cocaína (1,7g), 3 frascos de lança-perfume (930ml) e 6 micro pontos de LSD (0,18g) - bem como o dinheiro em espécie (R\$ 345,00) apreendidos denotam a habitualidade delitiva do paciente no tráfico de drogas.

Contudo, em que pese tais argumentos sejam idôneos para se afastar a causa de redução da pena, consoante reiterada jurisprudência deste Tribunal Superior, entendo que o *quantum* de droga e de dinheiro apreendidos não são suficientes para se inferir a dedicação do paciente ao comércio ilícito de entorpecentes, sobretudo quando certificado nos autos que é primário e de bons antecedentes.

Sob tal contexto, tenho como suficiente a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 1/6, atento aos vetores do art. 42 da referida Lei.

Nesse sentido:

"[...]"

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. NEGATIVA DE INCIDÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. PEQUENA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. APLICAÇÃO NA FRAÇÃO DE 1/6 (UM SEXTO). ADEQUAÇÃO E PROPORCIONALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa.

2. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a aplicação do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação, devem ser consideradas as circunstâncias do caso concreto.

3. *In casu*, as instâncias de origem afastaram a aplicação do benefício em razão das circunstâncias do caso concreto, como forma de indicar a prática habitual da atividade criminosa. Entretanto, a quantidade da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

referida droga não é relevante, impondo a sua incidência.

4. Assim, mostra-se razoável e proporcional ao caso a redução da reprimenda em 1/6 (um sexto).

[...]

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para redimensionar a pena imposta para 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, e multa."

(HC 366.232/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 9/5/2017, DJe 17/5/2017).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). *QUANTUM* DE REDUÇÃO. PROPORCIONALIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DAS SUBSTÂNCIAS APREENDIDAS - 16 GRAMAS DE CRACK, 21,7 GRAMAS DE COCAÍNA E 111 GRAMAS DE MACONHA -. MODIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. [...] *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

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

2. A jurisprudência deste Tribunal Superior, firmou-se no sentido de que, na escolha do *quantum* de redução da pena em razão da incidência do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, o Juiz deve levar em consideração a quantidade e a natureza das substâncias apreendidas, por expressa previsão legal (art. 42 da Lei n. 11.343/06). No caso dos autos, não se mostra desarrazoada a aplicação do *quantum* de redução no patamar de 1/6 (um sexto), tendo em vista a natureza e a quantidade das drogas apreendidas. 3. Sedimentou-se, nesta Corte Superior, o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º do Código Penal em conjunto com o art. 42 da Lei 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga.

4. Embora primária e com pena-base fixada no mínimo legal, a quantidade e a natureza da droga apreendida - 16 gramas de "cocaína" em forma de 'crack', 21,7 gramas de 'cocaína' e 111 gramas de *Cannabis sativa* L ('maconha') -, utilizadas na terceira fase da dosimetria, para modular a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º da Lei de Drogas, justificam a segregação inicial em regime mais gravoso.

[...]

Habeas corpus não conhecido."

(HC 389.807/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 8/8/2017, DJe 18/8/2017).

Passo à readequação da pena.

A pena-base fica estabelecida em 5 anos de reclusão mais 500 dias-multa, pela aferição favorável das circunstâncias judiciais, a qual mantenho na etapa intermediária, em razão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da ausência de agravantes e de atenuantes. Na última fase, reduzo-a na fração de 1/6, pela aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, tornando-a definitiva em **4 anos e 2 meses de reclusão mais o pagamento de 416 dias-multa**, ante a inexistência de outras causas de aumento e diminuição de pena.

Quanto ao pedido de alteração do regime prisional, melhor sorte não socorre ao impetrante.

Da análise dos autos, verifica-se que o Tribunal de origem fixou o regime fechado com base nos seguintes fundamentos:

"O regime fixado foi o fechado e também não comporta qualquer modificação, de acordo com a determinação constante no artigo 1º da Lei 11.464/07, que regula os crimes hediondos, hipótese equiparada ao caso concreto, não havendo que se falar na inconstitucionalidade da disposição, que busca justamente dar tratamento diferenciado a este tipo de crime, nos exatos termos da Constituição Federal.

Por outro lado, cumpre registrar que o Magistrado pode fixar o regime inicial de cumprimento da pena de acordo com seu convencimento - respeitados os ditames legais para tanto, estabelecendo aquele que será suficiente para reprovação e prevenção do delito, nos termos do artigo 59, inciso III, do Código Penal.

De se observar, ainda, que o ilícito do qual ora se trata, equiparado a hediondo, tem como principal engrenagem motora a dependência química e psíquica, principalmente por parte de jovens de diferentes classes sociais, o que acaba por resultar no aumento da criminalidade pelo cometimento de crimes mais graves em prol do sustento de tal vício. Daí o reconhecimento da alta periculosidade da conduta, de forma que o cumprimento de pena privativa de liberdade em regime mais severo permitirá ao réu uma maior recuperação, bem como a importante reflexão quanto ao impacto social e a gravidade de sua conduta.

É de se ressaltar, novamente, a alta quantidade e variedade de droga apreendida com o réu, o que lhe proporcionaria diversas outras vendas e lucro, em detrimento da saúde pública, notadamente violada com sua conduta" (e-STJ, fls. 33-34).

A obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e aos 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 STF, 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 diretrizes do art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenação por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Na hipótese, embora o paciente seja primário e pena tenha sido estabelecida em 4 anos e 2 meses de reclusão, a quantidade, a natureza e a diversidade das drogas apreendidas justificaram a imposição do regime inicial fechado, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, c.c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

A propósito:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. INAPLICABILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

[...]

II - A circunstância judicial referente à quantidade e variedade da droga poderá incidir na primeira ou terceira fase da dosimetria da pena, para exasperar a pena-base, afastar a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, ou ainda para modular o nível de redução da pena, sempre de maneira não cumulativa. Precedentes.

III - O 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. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

IV - Todavia, na espécie, a quantidade do entorpecente serviu de fundamento para afastar a incidência da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, bem como foi apresentada fundamentação concreta relativa à especial gravidade do delito praticado, o que impede a fixação do regime semiaberto unicamente em razão da quantidade da pena imposta. Precedentes.

Habeas corpus não conhecido."

(HC 386.827/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/5/2017, DJe 23/5/2017).

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06) NÃO APLICADA. QUANTIDADE DE DROGAS, CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO E PROCESSOS EM ANDAMENTO. DEDICAÇÃO DO RÉU À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME DE PROVAS. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. REGIME FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06 E ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS JUSTIFICA FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PATAMAR DA REPRIMENDA SUPERIOR A 4 ANOS. DETRAÇÃO DA PENA. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

[...]

3. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal - CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo. A propósito, o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, que prevê: "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito." No mesmo sentido são os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam: "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"; "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea." No caso dos autos, apesar das circunstâncias judiciais serem favoráveis (art. 59 do CP), de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal, de a pena aplicada ser superior a 4 e inferior a 8 anos (art. 33, § 2º, alínea "b", do CP), a quantidade de entorpecentes apreendidos (art. 42 da Lei n. 11.343/06) é fundamentação idônea para justificar a imposição do regime inicial fechado no caso em análise, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do CP, e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma. Inaplicáveis os enunciados n. 440 da Súmula do STJ e n. 718 e 719 da Súmula do STF.

4. A fixação da pena privativa de liberdade em patamar superior a 4 (quatro) anos impede a sua substituição por restritivas de direitos (art. 44, I, do CP).

[...]

Habeas corpus não conhecido."

(HC 383.435/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/3/2017, DJe 27/3/2017).

Em relação ao pleito de observância da detração penal, verifica-se que o tema não foi debatido na instância anterior, o que impede a análise da questão diretamente por esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância (AgRg no HC 499.936/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/6/2019, DJe 1º/7/2019).

Por fim, mantido o *quantum* da sanção corporal em patamar superior a 4 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 *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem de ofício, para aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 1/6, ficando a pena final em 4 anos e 2 meses de reclusão, mais pagamento de 416 dias-multa, mantido o regime inicial fechado.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0213729-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 522.784 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00103562420188260196 103562420188260196 20190000522549

EM MESA

JULGADO: 17/09/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANTONIO ROBERTO SOARES
ADVOGADO : ANTONIO ROBERTO SOARES - SP206292
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LYNIKON ASSIS DE PAULA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.