



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 383.728 - SP (2016/0335296-4)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : CINTIA LIMA MARTINS DE PAULA
ADVOGADO : CINTIA LIMA MARTINS DE PAULA - SP164433
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MOACIR DA SILVA GUIMARAES (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 8 ANOS E 4 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA-BASE FIXADA EM 2/3 ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CINCO CONDENAÇÕES DEFINITIVAS UTILIZADAS A TÍTULO DE MAUS ANTECEDENTES. PROPORCIONALIDADE. OFENSA. PENA-BASE REDUZIDA. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO MANTIDO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo 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 o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

- 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.

- Hipótese em que a pena-base afastou-se em 2/3 do mínimo legal com base na vasta lista de antecedentes criminais do paciente, que possui cinco condenações definitivas por fatos anteriores ao do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

processo em tela, todas consideradas na primeira etapa da dosimetria da pena. Contudo, embora legítima a fundamentação utilizada para a exasperação da pena-base, qual seja, a presença dos maus antecedentes do acusado, nos moldes do art. 59 do CP, o aumento operado mostrou-se desproporcional e desarrazoado. Em decorrência, considerando as cinco condenações definitivas valoradas a título de maus antecedentes, o que enseja a necessidade de se emprestar um maior rigor a dito vetor, deve pena-base afastar-se em 1/2 do mínimo legal.

- 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, juntamente com as circunstâncias do delito, a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. Precedentes.

- Na espécie, inexistente ilegalidade quando da não aplicação do privilégio, pois a Corte local apontou a dedicação do paciente às atividades ilícitas, destacando a quantidade elevada do entorpecente apreendido e os seus maus antecedentes, entendimento que se alinha à jurisprudência desta Corte. Modificar tal conclusão requer o revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do *habeas corpus*. Precedentes.

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

- O regime de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena comporta pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719/STF.

- Na espécie, embora o montante da pena comporte, a princípio, o regime inicial semiaberto, o fato de a pena-base ter sido estabelecida acima do mínimo legal, ante a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, demonstra a necessidade do regime mais gravoso, nos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

termos do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida *ex officio*, apenas para reduzir as penas para 7 anos e 6 meses de reclusão, no regime inicial fechado, e 750 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de abril de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 383.728 - SP (2016/0335296-4)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : CINTIA LIMA MARTINS DE PAULA
ADVOGADO : CINTIA LIMA MARTINS DE PAULA - SP164433
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MOACIR DA SILVA GUIMARAES (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de MOACIR DA SILVA GUIMARAES, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0002997-71.2014.8.26.0581).

Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática do crime definido no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 8 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 833 dias-multa (fls. 39/46).

Inconformada, a defesa interpôs apelação, cujo provimento foi negado pelo Tribunal local, em acórdão acostado às fls. 6/25.

No presente *writ* (fls. 1/5), alega a impetrante, em suma, que o paciente sofre constrangimento ilegal, pois, sendo tecnicamente primário, não poderia o sentenciante ter estabelecido a pena-base acima do mínimo legal com lastro em seus maus antecedentes. Prossegue alegando que o acusado possui condições pessoais favoráveis para que seja aplicada a fração máxima da causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Requer, assim, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem, com a redução da pena-base e a aplicação da fração máxima da retromencionada minorante.

Pedido liminar indeferido (fls. 86/89).

Informações prestadas às fls. 96/129.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela denegação da ordem
(fls. 134/136).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 383.728 - SP (2016/0335296-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpra analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Quarta Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Como já consignado no relatório, busca-se a redução da pena e a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em favor do paciente.

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.

No caso, o sentenciante, após as considerações acerca da materialidade e autoria, condenou o ora paciente pela prática do crime previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006. A pena-base foi estabelecida acima do mínimo legal, em 8 anos e 4 meses de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusão, com lastro nos inúmeros antecedentes criminais e na reincidência do acusado. Na segunda fase, a pena não sofreu alteração, destacando o julgador que a reincidência já fora utilizada na primeira etapa da dosimetria. Por fim, ante a reincidência, não foi reconhecida a causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (fl. 45).

O Tribunal de origem, por seu turno, ao negar provimento ao apelo defensivo, manteve íntegra a sentença e, quanto à dosimetria, o voto condutor do acórdão recorrido consignou que (fls. 20/21):

As reprimendas infligidas a todos os acusados foram bem dosadas e não merecem reparos.

(...)

E, no que toca a Moacir, o acréscimo cominado revelou-se razoável, já que ele ostenta ao menos cinco condenações anteriores, revelando-se contumaz na vida delitiva e merecendo, por isso, justo apenamento.

E, na derradeira etapa do sistema trifásico, não há que se falar em aplicação do redutor a que alude o § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/2006.

In casu, a quantidade do entorpecente apreendido (495,39g de maconha), apta a atingir centenas de usuários, aliadas as demais circunstâncias que envolveram o delito, demonstram que os apelantes se dedicavam às atividades criminosas, eis que certamente praticavam o espúrio comércio não de forma isolada, mas como meio de vida. Aliás, segundo relatos dos milicianos responsáveis pelo flagrante, a prisão dos acusados decorreu de inúmeras denúncias anônimas dando conta da traficância desempenhada por eles na cidade de São Manuel; ademais, as interceptações telefônicas demonstraram o efetivo conluio entre eles, com organização e divisão de tarefas, o que revela não se tratarem apenas de traficantes eventuais.

Destarte, o dispositivo legal em apreço exige que o agente, além de primário, não se dedique à atividade criminosa ou integre organização com esse fim, ou seja, é benefício destinado apenas e tão somente ao traficante de menor quilate, neófito, que se engaja pela primeira vez no tráfico ilícito, o “traficante de primeira viagem”, nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (Leis Penais Especiais, RT, 2ª edição, 2007, p. 330), o que, a toda evidência, não é o caso dos ora acusados.

Isso não bastasse, como dito alhures, Moacir ostenta condenações definitivas anteriores, fator impeditivo de concessão da benesse, previsto no próprio dispositivo penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pela leitura dos excertos acima transcritos, observa-se que a pena-base afastou-se em 2/3 do mínimo legal com base na vasta lista de antecedentes criminais do paciente, que possui cinco condenações definitivas por fatos anteriores ao do processo em tela, todas consideradas na primeira etapa da dosimetria da pena.

Nesse ponto, vale consignar que, das cinco condenações que constam às fls. 53/64, apenas uma é apta para ser considerada a título de reincidência, ao passo que as quatro demais configuram maus antecedentes, pois, a teor da jurisprudência desta Corte, *condenações anteriores ao prazo depurador de 5 (cinco) anos, malgrado não possam ser valoradas na segunda fase da dosimetria como reincidência, constituem motivação idônea para a exasperação da pena-base a título de maus antecedentes* (HC 386.111/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2017, DJe 27/03/2017).

Contudo, entendo que, embora legítima a fundamentação utilizada para a exasperação da pena-base, qual seja, a presença dos maus antecedentes do acusado, nos moldes do art. 59 do CP, o aumento operado mostrou-se desproporcional e desarrazoado, tendo em vista que foi arbitrado em 2/3 acima mínimo legal.

Assim, considerando as sanções mínima e máxima *in abstracto* constantes do preceito secundário do tipo penal incriminador e o fato de ser apenas uma circunstância judicial desfavorável, mostra-se excessiva a reprimenda imposta na primeira fase da dosagem da pena, devendo a mesma ser revista. Por outro lado, sendo cinco as condenações definitivas valoradas a título de maus antecedentes, é necessário emprestar um maior rigor a dito vetor, de modo que a pena-base deve se afastar em 1/2 do mínimo legal.

Prosseguindo, pugna a defesa pelo reconhecimento do privilégio, ao fundamento que o paciente atende aos requisitos legais.

Sabe-se que, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

No caso, como visto, o Tribunal de origem não reconheceu a *benesse* em comento por entender que o paciente dedica-se às atividades ilícitas, ante a considerável quantidade da droga apreendida, qual seja, *495,5 gramas de maconha*, aliada ao fato de ele, também, não atender aos requisitos legais, por conta da sua vasta lista de antecedentes criminais, entendimento que se alinha à jurisprudência desta Corte, que destaco:

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.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. É assente neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que, salvo situações excepcionais, à luz do art. 64, inciso I, do Código Penal, ultrapassado o lapso temporal superior a 5 anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, as condenações anteriores não prevalecem para fins de reincidência mas podem ser consideradas como maus antecedentes, nos termos do art. 59 do Código Penal.

3. É de se manter o entendimento pacificado por este Sodalício de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que, mesmo ultrapassado o prazo depurador, as condenações anteriores podem ser consideradas como maus antecedentes.

4. Lastreadas nos antecedentes criminais e na natureza e quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas, as instâncias de origem concluíram que o paciente se dedicava às atividades criminosas, razão pela qual negaram, acertadamente, a redução da pena pela aplicação do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, porquanto não preenchidos os requisitos legais para tanto.

(...)

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) - grifei.

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO HÁ MAIS DE 5 (CINCO) ANOS. SISTEMA DA PERPETUIDADE. IRRELEVÂNCIA DO PERÍODO DEPURADOR. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS DO DELITO. CRITÉRIO IDÔNEO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)

2. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade, o que não é o caso dos autos.

3. 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.

4. No que tange à validade da condenação anterior para valorar negativamente os antecedentes, o tempo transcorrido após o cumprimento ou extinção da pena não elimina essa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstância judicial desfavorável, tendo em vista a adoção pelo Código Penal do sistema da perpetuidade: ao contrário do que se verifica na reincidência (CP, art. 64, I), o legislador não limitou temporalmente a configuração dos maus antecedentes ao período depurador quinquenal.

5. *Hipótese em que, nos termos do art. 59, do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, as instâncias ordinárias, na primeira etapa da dosimetria, fixaram a pena-base no patamar de 6 anos, considerando como desfavoráveis os maus antecedentes da paciente, em razão de três condenações específicas com trânsito em julgado há mais de cinco anos, e a quantidade e a natureza da droga apreendida - 62 pinos de crack (44,47g) e 08 pinos de cocaína (12,04g) -, o que não se mostra desproporcional.*

6. *Os requisitos legais para a incidência da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, de um sexto a dois terços, são: agente reconhecidamente primário, com bons antecedentes e que não se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa.*

7. *Este Tribunal Superior firmou o entendimento no sentido de que, na falta de indicação pelo legislador das balizas para o quantum de redução, 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.*

8. In casu, tendo as instâncias antecedentes concluído, motivadamente, pela dedicação da paciente a atividades ilícitas, levando em consideração as circunstâncias fáticas do delito, as provas obtidas nos autos e a quantidade, a diversidade e a natureza das drogas apreendidas, e considerando o fato da paciente possuir maus antecedentes, torna-se incabível a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, porquanto não preenchidos os requisitos legais.

(...)

11. *Habeas corpus não conhecido. (HC 357.043/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 23/08/2016) - grifei.*

Assim, tendo havido fundamentação concreta, pelo Tribunal local, ao não aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, concluo que, para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que o paciente não se dedica às atividades criminosas, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

amealhado durante a instrução probatória, o que, como cediço, é vedado na via estreita do *habeas corpus*, de cognição sumária.

Nessa linha:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DAS DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. A aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 depende do convencimento do Magistrado, de que o apenado, primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades delituosas nem integre organização criminosa. In casu, o entendimento registrado na origem está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior, firmada no sentido de que a considerável quantidade, a variedade e a natureza das drogas apreendidas, pressupõe a dedicação à atividade criminosa, revelando-se suficiente a afastar a aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

3. A reforma do entendimento das instâncias ordinárias quanto à dedicação dos pacientes às atividades criminosas constitui matéria que refoge ao restrito escopo do habeas corpus, porquanto demanda percuciente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

(...)

Habeas corpus não conhecido. (HC 375.681/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 24/02/2017) - grifei.

Portanto, ante as considerações retromencionadas, **reduzo a sanção**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

basilar para 7 anos e 6 meses de reclusão, mais o pagamento de 750 dias-multa, que torno definitiva, pois ausentes causas modificativas a serem aplicadas.

Em relação ao regime prisional, sabe-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

Dessa forma, para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:

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.

Nesse mesmo sentido, as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, *in verbis* :

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.

Na espécie, mesmo com a redução da pena para 7 anos e 6 meses de reclusão, entendo que o regime inicial fechado deve ser mantido, diante da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, quais sejam, a quantidade da droga apreendida e os maus antecedentes.

Assim, embora o montante da pena comporte, a princípio, o regime inicial semiaberto, o fato de a pena-base ter sido estabelecida acima do mínimo legal demonstra a necessidade do regime mais gravoso, ante a gravidade concreta do delito, nos termos do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUMENTO PROPORCIONAL. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A QUATRO E INFERIOR A OITO ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. MANIFESTA ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)

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 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. Levando-se em conta as penas máxima e mínima abstratamente cominadas ao delito de tráfico de drogas (5 a 15 anos), não se mostra desproporcional o aumento da reprimenda inicial em um ano e três meses de reclusão acima do mínimo legal com fundamento na diversidade e na quantidade de droga apreendida (160 pinos de cocaína e 3 sacolés de maconha), sobretudo quando tais circunstâncias foram legalmente elencadas como preponderantes.

4. Fixada a pena definitiva em 5 anos, 2 meses e 15 dias 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 das circunstâncias judiciais, nos exatos termos do art. 33, § 2º, "a", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

5. Habeas corpus não conhecido. (HC 378.793/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 23/03/2017) - grifei.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem ex officio**, apenas para reduzir as penas para 7 anos e 6 meses de reclusão, no regime inicial fechado, e 750 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0335296-4

HC 383.728 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00029977120148260581 20150000965397 29977120148260581 841722

EM MESA

JULGADO: 18/04/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

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

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: CINTIA LIMA MARTINS DE PAULA
ADVOGADO	: CINTIA LIMA MARTINS DE PAULA - SP164433
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: MOACIR DA SILVA GUIMARAES (PRESO)
CORRÉU	: MARCOS ROBERTO ARRUDA
CORRÉU	: RODNEI ALARICO CIUFFA GIANFELICE

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.