



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 358.911 - RJ (2016/0151612-5)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : JOAO CARLOS TEIXEIRA MORAES (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MÁ CONDUTA SOCIAL. INEXISTÊNCIA (SÚMULA 444/STJ). FUNDAMENTO INIDÔNEO. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO COM BASE EM PREVISÃO LEGAL TIDA POR INCONSTITUCIONAL E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. RÉU PRIMÁRIO. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. ANÁLISE PREJUDICADA EM RAZÃO DO QUANTUM DE PENA INDIVIDUALIZADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.
2. Não havendo notícia de condenação definitiva em desfavor do réu, não há que se sopesar tais circunstâncias judiciais como desfavoráveis (má conduta social), nos termos da Súmula 444/STJ.
3. É pacífico o entendimento nesta Corte Superior de que a quantidade e/ou a natureza da droga podem justificar a não aplicação da minorante prevista no art. 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando evidenciarem a dedicação à atividade criminosa, situação, esta, refletida no presente caso.
4. Fixado o regime inicial mais gravoso com base na previsão legal do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, na redação da Lei n. 11.464/2007, mas também na gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas, faz jus o paciente ao regime menos gravoso.
5. Prejudicada a análise do pleito de substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, visto que o *quantum* de pena fixado, superior a 4 anos de reclusão, não comporta a concessão do benefício, a teor do art. 44, I, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. *Habeas corpus* não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para fixar a pena do paciente, condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, em 5 anos de reclusão, em regime semiaberto, e 500 dias-multa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de outubro de 2016 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 358.911 - RJ (2016/0151612-5)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : JOAO CARLOS TEIXEIRA MORAES (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso, com pedido de liminar, impetrado em favor de JOAO CARLOS TEIXEIRA MORAES, contra acórdão proferido, em sede de apelação, pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, às penas de 6 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 600 dias-multa, bem como negada a conversão da pena privativa em restritiva de direitos.

Interposta apelação, foi negado provimento ao recurso.

Sustenta a impetrante, em suma, a necessidade de descon sideração do aumento aplicado à pena-base em razão da má conduta social do paciente (outra anotação constante da folha de antecedentes crimina is), de aplicação do redutor legal previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, de fixação do regime inicial de cumprimento de pena menos gravoso, bem como o direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida em decisão de fls. 109, tendo as informações sido prestadas às fls. 116/133 e 137/141.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 144/151 pela concessão da ordem de ofício.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 358.911 - RJ (2016/0151612-5)

VOTO

O EXMO SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal (HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/08/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/08/2012), assim alinhando-se a precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC 104.045/RJ, Rel. Ministra Rosa Weber, PRIMEIRA TURMA DJe de 06/09/2012).

Nada impede, contudo, que, de ofício, constate a Corte Superior a existência de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia, o que ora passo a examinar.

Como é consabido, via de regra, não se presta o remédio heróico à revisão da dosimetria das penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias. Contudo, a jurisprudência desta Corte admite, em caráter excepcional, o reexame da aplicação das penas, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68, do Código Penal, sob o aspecto da ilegalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica. Nesse sentido: HC n. 252.449/DF – 6ª T. – unânime – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – DJe 9/6/2014; HC n. 152.775/PR – 5ª T. – unânime – Rel. Min. Jorge Mussi – DJe 1/9/2011.

O paciente foi condenado pela prática de tráfico de drogas às penas de 6 anos de reclusão e 600 dias-multa; penas já acrescidas de 1/6 (1 ano acima do mínimo legal), tendo em vista a conduta social negativa reconhecida na sentença e confirmada em 2º Grau, conforme os seguintes termos (fl. 93/94):

Não há que se falar em redução da pena-base.

O Magistrado, acertadamente, fixou a pena-base em patamar acima do mínimo legal levando em consideração a má conduta social do apelante, devidamente evidenciada na outra anotação constante em sua FAC, também pelo delito de tráfico.

Tal anotação configura uma pecha negativa acerca de sua conduta social, demonstrando ainda sua personalidade voltada para a prática de delitos.

[...]

Não pode o Magistrado equiparar uma pessoa que não possui qualquer anotação em sua FAC com àquela que registrar anotação anterior por delito idêntico.

Observa-se que o juiz *a quo* fixou a pena-base do delito acima do mínimo legal,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

considerando como circunstância judicial desfavorável a má conduta social do paciente por possuir *uma anotação criminal por tráfico de drogas, conforme FAC (fl. 79 - sentença)*.

Primeiramente, não havendo notícia de condenação definitiva em desfavor do réu, sendo noticiadas tão somente ações penais em curso, não há que se sopesar tais circunstâncias judiciais como desfavoráveis, conforme os termos da Súmula 444/STJ.

No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO. WRIT SUBSTITUTIVO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE. ELEMENTO INERENTE AO CRIME CONSUMADO. ILEGALIDADE. MAUS ANTECEDENTES. CONSIDERAÇÃO DE PROCESSO EM CURSO E ATOS INFRACIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. EXPRESSIVO PREJUÍZO À VÍTIMA. FUNDAMENTO VÁLIDO. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. SEMIABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO EM PARTE. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. *É ilegal a exasperação da pena-base na parte em que o julgador considerou "expressivo o grau de culpabilidade" - o qual se refere à maior ou menor reprovabilidade da conduta delituosa - porque os pacientes percorreram "longo iter", elemento inerente à forma consumada do furto, já analisado na tipificação da conduta dos agentes.*

2. *A "reprovável conduta social" dos pacientes diante da notícia da prática de atos infracionais e de processo em curso também não configura fundamento válido para o agravamento da pena-base, consoante reiterada jurisprudência desta Corte.*

3. ***Inquéritos e ações penais em curso não podem evidenciar maus antecedentes, conduta social inadequada ou personalidade desfavorável do agente, sob pena de malferimento ao princípio da não culpabilidade. Súmula n. 444 do STJ.***

[...]

7. *Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para reduzir a pena dos pacientes a 2 anos e 6 meses de reclusão (HC 224.037/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/04/2015, DJe 27/04/2015).*

Nesse contexto, deve o paciente ser considerado tecnicamente primário, porquanto não consta da certidão acostada aos autos (fl. 21/25) nenhuma condenação com trânsito em julgado, devendo a pena-base ser reduzida ao mínimo legal.

No que concerne à negativa de aplicação da minorante inserta no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, eis o seguinte trecho extraído da acórdão ora impugnado:

Impossível a aplicação do artigo 33, § 4º da Lei 11343/06 requerido pela defesa.

Assim dispõe o § 4º, artigo 33 da Lei 11343/06:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Art. 33. § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 a 2/3, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

O apelante foi preso em local conhecido como ponto de venda de drogas, na posse de mais de 53 embalagens contendo 33,3 g de cocaína em pó.

Ademais, os policiais militares afirmaram que o apelante, no momento da prisão, relatou integrar o tráfico ilícito de entorpecentes da localidade.

Comprovado, pois, que o apelante se dedicava à atividade de tráfico de drogas, o que não pode fazer sem integrar uma engrenagem criminosa, resta afastada tal concessão.

A redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11343/06 somente pode ser concedida se o agente preencher todos os requisitos elencados no artigo acima referido.

[...]

Nos parece inconcebível que alguém trafique em comunidades sem que esteja vinculado à organização criminosa.

Portanto, se todos os requisitos não foram preenchidos, não há que se cogitar em diminuição de pena (fls. 94/96).

De início, cumpre esclarecer que é pacífico o entendimento nesta Corte Superior de que a quantidade e/ou a natureza da droga podem justificar a não aplicação da minorante prevista no art. 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando evidenciarem a dedicação à atividade criminosa.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Este Superior Tribunal firmou a orientação de que a apreensão de grande quantidade de drogas, **a depender das peculiaridades do caso concreto**, é hábil a denotar a dedicação do acusado a atividades criminosas e, consequentemente, a impedir a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, porque indica maior envolvimento do agente com o mundo das drogas.

2. Não obstante a acusada seja tecnicamente primária e possuidora de bons antecedentes, as circunstâncias do caso concreto - notadamente, a natureza, a diversidade e a elevada quantidade de drogas apreendidas (2.146,0 g de cocaína e de 1.590,0 g de crack) - levam a crer que a recorrida se dedicava a atividades delituosas, especialmente ao narcotráfico, porquanto evidente que não se trata de traficante ocasional.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. A conclusão pelo afastamento da causa especial de diminuição não demanda 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 e das provas que já foram devidamente colhidas ao longo de toda a instrução probatória, bem como a discussão, meramente jurídica, acerca da interpretação a ser dada ao artigo de lei apontado como violado.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1442055/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2015, DJe 18/08/2015 - grifos).

É exatamente o que ocorre na espécie, em que denegada a minorante, especialmente em virtude da apreensão de mais de 53 embalagens contendo 33,3 g de cocaína em pó, bem como pelo fato de que o 'paciente foi preso em local conhecido como ponto de venda de drogas, tendo, de acordo com o quadro fático estabelecido no acórdão ora impugnado, admitido, ainda, integrar o tráfico ilícito de entorpecentes da localidade (fl. 94).

Com efeito, tais circunstâncias evidenciariam, de acordo com o Tribunal de origem, o não preenchimento dos requisitos legais, concluindo-se tratar de réu inserido em atividade criminosa. Diante disso, entende esta Corte, ademais, que a pretendida revisão do julgado implicaria o reexame do material cognitivo produzido nos autos, insuscetível de ser realizada na estreita via do *habeas corpus*.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. AFASTAMENTO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPETRAÇÃO. VIA IMPRÓPRIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO E SUBSTITUIÇÃO DE PENA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. WRIT NÃO CONHECIDO.

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

2. O enfrentamento de teses jurídicas na via restrita pressupõe que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória.

3. O parágrafo 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, de bons



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

4. Fixado na sentença condenatória e no acórdão da apelação, com base nos fatos, que o paciente se dedica a atividades criminosas (...situação em que nada se identifica com a pessoa do Réu, o qual, em caráter de habitualidade, por dispor de expressiva quantidade de drogas, em antro da traficância, expõe evidências no sentido de integrar organização criminosa espúria, dedicando-se, profissionalmente, ao tráfico de drogas, circunstância que evidencia seu enraizamento irresgatável ao submundo do crime...) é inviável o reconhecimento da minorante, pois não atende aos requisitos previstos na lei, conclusão que não pode ser alterada na via eleita, por demandar revolvimento fático-probatório.

5. Regime de cumprimento e substituição de pena, matérias que não foram decididas pelo Tribunal de origem, o que denota a incompetência deste Sodalício para analisar tais matérias, sob pena de indevida supressão de instância.

6. Embora esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entenda possível, em tese, a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, no caso concreto, essa benesse não se mostra razoável, até porque, mantido o quantum da pena, maior de 4 anos, o pleito é descabido.

7. É que apreendida grande quantidade de droga que atrai a incidência dos ditames norteadores do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, no sentido de que o juiz "na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

8. Condenado à pena de 5 anos de reclusão por tráfico de 13g de cloridrato de cocaína, acondicionados em 62 pequenos invólucros, correta a fixação do regime mais gravoso, o fechado.

9. Habeas corpus não conhecido (HC 192.828/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 01/08/2013).

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. TESE DE FALTA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. VIA IMPRÓPRIA. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. INAPLICABILIDADE NO CASO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. INVERSÃO DO JULGADO. VIA INADEQUADA.

1. O exame da tese de falta de provas para sustentar a condenação demanda, inevitavelmente, profundo reexame do material cognitivo produzido nos autos, o que, como é sabido, não se coaduna com a via estreita do writ, sobretudo se a instância ordinária, soberana na análise fático-probatória, restou convicta sobre a existência do crime e sua respectiva autoria.

2. Não preenchidos os requisitos legais, conforme atestou o acórdão impugnado, o qual, de acordo com a prova produzida nos autos,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

afirmou tratar-se de réu que se dedicava às atividades criminosas, havendo indícios, inclusive, de que integrava organização criminosa, não faz jus o Paciente à aplicação da minorante inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/06.

3. Ademais, a via eleita é imprópria para o afastamento do entendimento adotado pela instância ordinária, em face da incabível dilação probatória que se faria necessária para reconhecer a presença dos requisitos subjetivos exigidos.

4. Ordem denegada (HC 158.918/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 14/02/2012, DJe 28/02/2012).

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, foi fixado o regime fechado com base nos seguintes fundamentos, *in verbis*:

Quanto à pretendida fixação de regime mais brando para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade, ao contrário do argumentado pela defesa, o regime prisional para o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, na forma da Lei 11.464/07, é o inicialmente fechado.

Cabe destacar que mesmo agora que o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou, por maioria, incidenter tantum, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8072/90 (redação dada pela Lei nº 11464/07) (STF, Rel. Min. Dias Tóffoli, HC 111840/12, julg. em 27.06.2012), deve ser levado em conta que a referida decisão, feita de maneira incidental, não gerou efeito erga omnes e não submete os órgãos jurisdicionais inferiores até expressa manifestação do Senado Federal, sob pena de violação ao comando contido no art. 52, X, da CRFB.

Neste sentido o seguinte julgado:

[...]

Em virtude da discricionariedade conferida ao julgador, foram sopesadas as particularidades do caso sempre alerta para os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade ao dosar o quantum de restrição a ser imposta e a fixação do regime.

Assim é que, o delito de tráfico, dada a dimensão do bem jurídico atingido e a intensidade da repulsa causada à sociedade, sendo, inclusive, considerado um de seus maiores flagelos, mereceram do legislador tratamento penal mais rigoroso em face do intenso abalo social causado por condutas dessa natureza.

O regime fechado melhor atenderá a finalidade da pena, cujos aspectos repressivos e preventivos ficariam sem efeito na hipótese de um regime mais brando, ante a possibilidade de o apelante não ser suficientemente intimidado a não mais delinquir.

Desta forma, andou bem o I. Juiz sentenciante, pois o regime mais adequado para o início de cumprimento da pena é o fechado, uma vez que os delitos cometidos são graves, e vêm causando grande prejuízo à sociedade (fls.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

99/101).

Como se vê, o regime inicial fechado foi fixado não apenas com base na previsão legal do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, na redação da Lei n. 11.464/2007, mas também na gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas.

Quanto à previsão legal, foi declarada inconstitucional, *incidenter tantum*, pelo Plenário do STF no julgamento do HC n. 111.840/ES (Rel. Min. Dias Toffoli), sendo, a partir de então, afastada a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado, aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, tendo lá ficado consignado que as regras do art. 33 do CP deveriam ser utilizadas também na fixação do regime prisional inicial dos crimes hediondos e equiparados.

O § 3º do art. 33 do CP, por sua vez, estabelece que a *determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código*. Ou seja, exige-se fundamentação concreta para a fixação de regime inicial mais gravoso do que a pena aplicada permite, nos termos do disposto das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF, *ad litteram*:

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

Súmula 718/STF: A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

Súmula 719/STF: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Nesse contexto, tratando-se de réu tecnicamente primário, cuja pena-base foi fixada, **neste momento**, no mínimo legal, não tendo sido indicados fundamentos concretos e idôneos para o recrudescimento do regime, faz jus o paciente ao regime menos gravoso em conformidade com a dosimetria que se seguirá.

Passo, então, ao redimensionamento da pena.

Na primeira fase, devem os antecedentes do paciente ser considerados bons, nos termos da Súmula 444/STJ, fixando-se a pena-base no mínimo legal, em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Na segunda fase, não havendo atenuantes e agravantes, mantenho a sanções nesse patamar.

Quanto à causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, não preenchidos os requisitos legais pela conclusão da Instância ordinária de que se trata de réu inserido em atividade criminosa, torno definitiva as penas em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, em regime semiaberto - tendo em vista a ausência de fundamentos concretos e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

idôneos para o recrudescimento do regime.

Por fim, resta prejudicada a análise do pleito de substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, visto que o *quantum* de pena fixado, superior a 4 anos de reclusão, não comporta a concessão do benefício, a teor do art. 44, I, do Código Penal.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, entretanto, concedo de ofício a ordem para fixar as penas do paciente, condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, em regime semiaberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0151612-5

HC 358.911 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00003205420158190023 073002332015 3205420158190023 73002332015

EM MESA

JULGADO: 06/10/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	: JOAO CARLOS TEIXEIRA MORAES (PRESO)

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

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.