



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 400.121 - RJ (2017/0115013-5)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
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 : WALLACE JUNIOR PAULINO MAURICIO
PACIENTE : ANGELIO FABRICIO DE SOUZA JUNIOR

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. PRIMEIRO PACIENTE. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO DEFINITIVA ANTERIOR PELO MESMO DELITO. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/4. AUMENTO PROPORCIONAL. SEGUNDO PACIENTE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA 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. PENA SUPERIOR A QUATRO E INFERIOR A OITO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. MODO INTERMEDIÁRIO. ADEQUAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. *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.
2. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, embora ausente previsão legal acerca dos percentuais mínimo e máximo de elevação da pena em razão da incidência das agravantes, o incremento da pena em fração superior a 1/6 (um sexto) exige fundamentação concreta.
3. Na hipótese, sendo específica a reincidência do paciente WALLACE, não há ilegalidade no aumento da pena na fração de 1/4, a autorizar excepcionalmente a intervenção desta Corte.
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 pela instância antecedente que o paciente ANGELIO pratica habitualmente o comércio ilícito de entorpecentes, pois, além de ostentar registro anterior, quando menor, também pelo mesmo delito, ele foi preso em local conhecido como ponto de tráfico, dominado por três facções criminosas, com as drogas devidamente embaladas para distribuição, a alteração 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 identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

observar às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, também o art. 42 da Lei de Drogas.

7. Fixada a pena definitiva em 5 anos de reclusão e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime semiaberto é o adequado e suficiente para o cumprimento da pena privativa de liberdade, sobretudo quando não significativa a quantidade de droga apreendida (18 g de cocaína), a teor do contido no art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal.

8. 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.

9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena, somente, em relação ao paciente ANGELIO FABRICIO DE SOUZA JUNIOR.

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 "Prosseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de outubro de 2017 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 400.121 - RJ (2017/0115013-5)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
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 : WALLACE JUNIOR PAULINO MAURICIO
PACIENTE : ANGELIO FABRICIO DE SOUZA JUNIOR

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 **WALLACE JUNIOR PAULINO MAURICIO** e **ANGELIO FABRICIO DE SOUZA**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Consta dos autos que WALLACE foi condenado à pena de 6 anos e 3 meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 620 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006; e ANGELIO à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime regime fechado, e ao pagamento de 166 dias-multa, por infração ao art. 33, *caput*, § 4º, do mesmo diploma legal, tendo sido sua pena corporal substituída por restritiva de direitos.

Em sede recursal, o Tribunal de origem negou provimento aos apelos defensivos e deu parcial provimento ao ministerial para afastar o redutor pelo tráfico privilegiado, bem como a permuta legal deferida ao paciente ANGELIO, resultando a pena final em 5 anos de reclusão, mais pagamento de 500 dias-multa, para ambos os pacientes.

Neste *writ*, o impetrante alega que é exacerbado o aumento da pena do paciente WALLACE em 1/4, pela agravante da reincidência. Defende, também, que, embora tenha sido reconhecido o preenchimento dos requisitos legais pelo paciente ANGELIO, a Corte de origem deixou de aplicar o redutor pelo tráfico privilegiado, com base na quantidade de droga apreendida, contudo, ínfima.

Requer, assim, a aplicação da agravante da reincidência no patamar de 1/6, em relação ao paciente WALLACE, e, quanto ao paciente ANGELIO, a incidência da minorante no grau máximo e, consequentemente, a alteração do regime prisional para o aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos dos arts. 33, 44 e 59, todos do Código Penal, e Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 152-153).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 400.121 - RJ (2017/0115013-5)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
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 : WALLACE JUNIOR PAULINO MAURICIO
PACIENTE : ANGELIO FABRICIO DE SOUZA JUNIOR

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. PRIMEIRO PACIENTE. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO DEFINITIVA ANTERIOR PELO MESMO DELITO. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/4. AUMENTO PROPORCIONAL. SEGUNDO PACIENTE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA 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. PENA SUPERIOR A QUATRO E INFERIOR A OITO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. MODO INTERMEDIÁRIO. ADEQUAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. *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.
2. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, embora ausente previsão legal acerca dos percentuais mínimo e máximo de elevação da pena em razão da incidência das agravantes, o incremento da pena em fração superior a 1/6 (um sexto) exige fundamentação concreta.
3. Na hipótese, sendo específica a reincidência do paciente WALLACE, não há ilegalidade no aumento da pena na fração de 1/4, a autorizar excepcionalmente a intervenção desta Corte.
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 pela instância antecedente que o paciente ANGELIO pratica habitualmente o comércio ilícito de entorpecentes, pois, além de ostentar registro anterior, quando menor, também pelo mesmo delito, ele foi preso em local conhecido como ponto de tráfico, dominado por três facções criminosas, com as drogas devidamente embaladas para distribuição, a alteração 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 identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenado pelo delito de tráfico de drogas, também o art. 42 da Lei de Drogas.

7. Fixada a pena definitiva em 5 anos de reclusão e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime semiaberto é o adequado e suficiente para o cumprimento da pena privativa de liberdade, sobretudo quando não significativa a quantidade de droga apreendida (18 g de cocaína), a teor do contido no art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal.

8. 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.

9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena, somente, em relação ao paciente ANGELIO FABRICIO DE SOUZA JUNIOR.

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.

O Tribunal de origem, ao negar provimento aos apelos defensivos e prover o ministerial, manteve a fração pela agravante da reincidência em 1/4, em relação ao paciente WALLACE, bem como afastou a incidência do redutor pelo tráfico privilegiado para o paciente ANGELIO, sob a seguinte motivação:

O pedido de redução do percentual de aumento pela reincidência para o apelante WALLACE não comporta acolhimento. Com efeito, o legislador não determinou um percentual mínimo ou máximo pela incidência da referida agravante, sendo atribuição do sentenciante arbitrá-lo de modo que a pena seja suficiente para reprovação do crime.

Na hipótese em análise, o percentual adotado, de 1/4, se mostrou adequado e justificado, considerando-se que o réu é reincidente específico.

No que pertine ao pedido relativo ao regime prisional, nada há que ser modificado, como pretende a defesa de ANGELIO, face ao provimento do apelo ministerial.

De qualquer forma, deve ser esclarecido que o crime de tráfico de drogas praticado pelo réu é classificado como hediondo e afeta de forma significativa a ordem social, a justificar a imposição de regime prisional mais severo.

Some-se a isso que a imposição do regime prisional não é consequência automática da pena fixada, mas deve considerar elementos como os antecedentes, a conduta social e a personalidade do réu, consoante dicção do art. 33, § 3.º, do Código Penal. E na presente hipótese, forçoso convir que o apelante possui personalidade deturpada, voltada à prática de crimes, assim como conduta social negativa, como se pode intuir das declarações de um dos agentes da lei que participaram do flagrante: "... já participou da apreensão do acusado ANGELIO quando ele era menor, também por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tráfico ilícito de drogas no Morro da Conquista, e em serviço anterior, o acusado correu da guarnição, porém num serviço posterior conseguiram detê-lo juntamente com um maior;...”.

[...]

Todavia, no que concerne à aplicação da causa de diminuição de pena do § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 em favor do réu Angelio, tem razão o *parquet*.

Para que seja aplicada referida causa de aumento exige-se que o agente não se dedique a atividades criminosas. Somente o traficante ocasional, esporádico, é que faria jus ao benefício legal, pois foi este que a lei quis beneficiar diferenciando-o do traficante contumaz, que faz do crime seu meio de vida. Na hipótese de que se trata, como destacado acima, ao contrário do entendimento exarado na sentença, resta claro que o acusado se dedica ao tráfico de drogas desde a menoridade, já tendo sido apreendido em outras ocasiões, hipótese em que, de acordo com a parte final do § 4.º do art. 33, impede a almejada redução. (e-STJ, fls. 141-143).

Preliminarmente, convém destacar que a individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo, contudo, permitido ao julgador 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 da pena.

Quanto ao pedido de redução do índice de aumento pela agravante da reincidência, ao paciente WALLACE, não assiste razão ao impetrante.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento firmado de que, embora ausente previsão legal acerca dos percentuais mínimo e máximo de elevação da pena em razão da incidência das agravantes, o incremento da pena em fração superior a 1/6 (um sexto) exige fundamentação concreta.

Na hipótese, sendo específica a reincidência do agente, não há ilegalidade no incremento da pena na fração de 1/4, a autorizar excepcionalmente a intervenção desta Corte.

A seguir os seguintes julgados desta Corte, no mesmo sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO PELA REINCIDÊNCIA. INVIABILIDADE. AUMENTO DA PENA JUSTIFICADO ANTE A REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA DO PACIENTE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

– O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

– Em se tratando de atenuantes e agravantes, a lei não estabelece os percentuais de fração de diminuição e de aumento que devem ser utilizados. Em decorrência, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a fração de 1/6, mínima prevista para as majorantes e minorantes, deve guiar o julgador no momento da dosimetria da pena, de modo que, em situações



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

específicas, é permitido o aumento superior a 1/6, desde que haja fundamentação concreta.

– Hipótese em que a fração de 1/3, utilizada para agravar a pena na segunda fase da dosimetria, lastreou-se no fato de ser o paciente reincidente específico, argumento que se alinha à jurisprudência deste Tribunal Superior. Precedentes.

– *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 348.170/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 2/5/2016).

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. REINCIDÊNCIA. FRAÇÃO DE AUMENTO. ILEGALIDADE. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Consoante a jurisprudência desta Corte, apesar de não estabelecida pela norma penal a quantidade de aumento de pena em decorrência das agravantes genéricas, deve ela se pautar pelo percentual mínimo fixado para as majorantes, que é de 1/6. Entretanto, é admitida como razoável a adoção de percentual superior mediante fundamentação concreta (multirreincidência, reincidência específica).

2. Não há desproporcionalidade na exasperação da pena do paciente em 1/3, pois a instância antecedente destacou sua reincidência específica.

3. O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes. Súmula n. 443 do STJ.

4. As instâncias ordinárias não apontaram nenhum elemento dos autos (*modus operandi*, por exemplo) que, efetivamente, evidenciasse real necessidade de exasperação da pena, na terceira fase da dosimetria, no patamar estabelecido. Ressalva do Relator.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir ao mínimo legal o aumento da reprimenda procedido na terceira etapa da dosimetria.

(HC 233.205/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 2/3/2016)

No que concerne à aplicação do redutor pelo tráfico privilegiado, em benefício do paciente ANGELIO, também não merece reparo a decisão impugnada.

A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.

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

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores têm decidido 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 (RHC 72.118/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

20/10/2016, DJe 26/10/2016 e AgRg no REsp 1.442.055/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 04/08/2015, DJe 18/08/2015).

In casu, segundo se observa, a instância antecedente concluiu, motivadamente, pela dedicação do paciente à atividade criminosa, com base nas circunstâncias da prisão em flagrante (forma de acondicionamento das drogas, individualiza pronta para a venda, em local conhecido como ponto de tráfico de drogas, disputado por três facções criminosas - ADA, Comando Vermelho e Terceiro Comando) e nas provas colhidas nos autos (do seu envolvimento anterior, ainda quando menor, no comércio ilícito de entorpecentes).

Desse modo, assentado pela instância antecedente, soberana na análise dos fatos, que o paciente faz da prática delitiva 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 SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE FAZIA DO TRÁFICO O SEU MEIO DE VIDA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. CIRCUNSTÂNCIA QUE TAMBÉM EVIDENCIA A DEDICAÇÃO DO PACIENTE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. TESES PREJUDICADAS PELO NÃO REDIMENSIONAMENTO DA PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. Rever o entendimento externado pela Corte de origem para o fim de aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, no caso, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, inviável em sede de *habeas corpus*.

3. Ademais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que não há ilegalidade na negativa de aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 quando a quantidade e a natureza das substâncias apreendidas permitem aferir que o agente se dedica a atividade criminosa.

4. Mantida a condenação em patamar superior a 4 (quatro) anos, fica prejudicado o pleito de alteração do regime prisional e de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ressaltando-se, no ponto, que o paciente encontra-se cumprindo pena em regime semiaberto.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 353.309/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 31/05/2016).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No que concerne ao pedido de alteração do regime prisional do paciente ANGELIO, o inconformismo da defesa merece prosperar, em parte.

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 diretrizes do 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, 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.

No caso, embora o Tribunal de origem, a exceção da consideração a respeito da natureza hedionda do delito, tenha trazido fundamento válido para a imposição do regime mais rigoroso, na medida em que destacou o envolvimento contumaz do paciente com o tráfico de drogas, o modo inicial fechado mostra-se desarrazoado considerando a primariedade do réu e a pequena quantidade de droga apreendida.

Logo, sendo favoráveis as circunstâncias judiciais e fixada a pena em 5 anos de reclusão, o regime **semiaberto** é o adequado e suficiente para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, a teor do contido no art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal, sobretudo quando não expressiva a quantidade de droga apreendida (18 g de cocaína).

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL FECHADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO E NA QUANTIDADE DE DROGA QUE NÃO SE MOSTRA EXACERBADA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. DETRAÇÃO DA PENA. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NA CORTE LOCAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. O STF, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

3. A valoração negativa da quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação de regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso, bem como para obstar a respectiva substituição por pena restritiva de direitos. Precedentes.

4. Hipótese em que as instâncias ordinárias fixaram o regime fechado com base na natureza hedionda do crime de tráfico de drogas e na quantidade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entorpecentes - 43,1 g de maconha e 11,3 g de cocaína - que não se mostra exacerbada.

5. Assim, tratando-se de paciente primário, condenado a pena privativa de liberdade superior a 4 e não excedente a 8 anos, faz jus ao regime inicial semiaberto.

6. O tema referente à possibilidade de detração da pena não foi enfrentado pela Corte de origem, de forma que sua análise por este Tribunal implicaria supressão de instância.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto.

(HC 334.208/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016.)

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 restritivas de direito, 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 fixar o regime semiaberto como o inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade ao paciente ANGELIO FABRICIO DE SOUZA JUNIOR.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0115013-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 400.121 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00286982220148190066 286982220148190066

EM MESA

JULGADO: 17/08/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

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	: WALLACE JUNIOR PAULINO MAURICIO
PACIENTE	: ANGELIO FABRICIO DE SOUZA JUNIOR

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:

"Após o voto do Sr. Ministro Relator não conhecendo do pedido e concedendo "Habeas Corpus" de ofício, pediu vista, antecipadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer."

Aguardam os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 400.121 - RJ (2017/0115013-5)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS

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 : WALLACE JUNIOR PAULINO MAURICIO

PACIENTE : ANGELIO FABRICIO DE SOUZA JUNIOR

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, interposto em benefício de **WALLACE JUNIOR PAULINO MAURICIO** e **ANGELIO FABRICIO DE SOUZA JUNIOR**, contra o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Depreende-se dos autos que **WALLACE JUNIOR PAULINO MAURICIO** foi condenado à pena de 6 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime fechado, mais ao pagamento de 620 (seiscentos e vinte) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/2006; e **ANGELIO FABRICIO DE SOUZA JUNIOR** à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, mais ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, **caput** e parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Irresignada, a defesa e a acusação interpuseram recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que negou provimento ao apelo defensivo e deu parcial provimento ao recurso ministerial, para afastar a aplicação do redutor na pena de **ANGELIO FABRICIO DE SOUZA JUNIOR**, resultando a pena no patamar de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime fechado, mais 500 (quinhentos) dias-multa.

No presente **writ**, o impetrante requer a concessão da ordem, para que, em relação à **ANGELIO FABRICIO DE SOUZA JUNIOR**, incida o privilégio descrito no parágrafo 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06 em seu patamar máximo, bem como a readequação do regime prisional, com a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, e em relação à **WALLACE JUNIOR PAULINO MAURICIO** para reduzir o **quantum** de aumento decorrente do reconhecimento da reincidência específica para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1/6 (um sexto).

O Ministério Público Federal, às fls. 152-153, manifestou-se pela denegação da ordem.

O em. Ministro Ribeiro Dantas, Relator, por sua vez, edificou as razões de seu voto com base as seguintes premissas: 1) Não há ilegalidade no aumento em 1/4 (um quarto), em razão da incidência da agravante da reincidência específica. 2) Rever o entendimento das instâncias ordinárias, para fazer incidir a causa especial de diminuição demandaria revolvimento da matéria fático-probatória. 3) A pena-base foi fixada no mínimo legal, pois consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais e além disso, o paciente é primário, bem como a pena não excede o patamar de oito anos e foi apreendida pouca quantidade de droga. Dessarte, não foi apresentada nenhum fundamento concreto para o agravamento do regime, razão pela qual o paciente faz jus ao regime semiaberto.

Pedi vista dos autos para melhor examinar da questão.

Eis, em síntese, o que basta relatar, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Inicialmente, externo minha anuência com o voto do em. Ministro Relator, acompanhando-o na conclusão. Nesse compasso, o aumento na segunda fase da dosimetria em 1/4 (um quarto), está devidamente justificado, ante a reincidência específica do paciente **WALLACE JUNIOR PAULINO MAURICIO**, dentro da discricionariedade juridicamente vinculada, inexistindo flagrante desproporcionalidade ou ilegalidade a justificar a sua redução.

No que tange à incidência da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, as instâncias ordinárias afastaram a redutora, ao argumento de que **ANGELIO FABRICIO DE SOUZA JUNIOR**, se dedicava às atividades criminosas, lastreando-se nas circunstâncias da prisão e nas provas dos autos, fundamentações essas adequadas ao caso concreto, que justificam o afastamento da figura do tráfico privilegiado.

Ademais, rever esse entendimento, para fazer incidir a causa especial de diminuição demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do **mandamus**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No que tange ao **regime inicial de cumprimento de pena**, cumpre registrar que o Plenário do 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, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo.

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.

Assentada tal premissa, no presente julgado, constata-se que a pena-base foi fixada no mínimo legal, pois consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais e além disso, o paciente **ANGELIO FABRICIO DE SOUZA JUNIOR**, é primário, a pena não excede o patamar de oito anos, bem como foi apreendido pouca droga.

Dessarte, não foi apresentada nenhum fundamento concreto para o agravamento do regime, a não ser a hediondez do delito, razão pela qual, conclui-se que o paciente faz jus ao regime semiaberto, para início de cumprimento de pena, **ex vi do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do CP**.

Finalmente, considerando a fixação da reprimenda em patamar superior à 4 (quatro) anos de reclusão, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art.44, inciso I, do Código Penal).

Ante o exposto, acompanho o em. Ministro Relator em sua conclusão.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0115013-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 400.121 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00286982220148190066 286982220148190066

EM MESA

JULGADO: 17/10/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

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	: WALLACE JUNIOR PAULINO MAURICIO
PACIENTE	: ANGELIO FABRICIO DE SOUZA JUNIOR

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:

"Prosseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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