



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 365.310 - RS (2016/0203048-8)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : KARINA DE SOUZA MONTEIRO E OUTRO
ADVOGADO : ALCI NICOLAU DA SILVA E SOUZA E OUTRO(S) - RS012784
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : TALISSON BENTO ABREU DA SILVA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME INICIAL FECHADO. ELEMENTOS CONCRETOS. ADEQUAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.
2. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organização criminosa.
3. 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.
4. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, a causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, tem como objetivo favorecer os pequenos e eventuais traficantes, não alcançando aqueles que fazem do tráfico de drogas um meio de vida. Precedentes.
5. Concluído pelas instâncias antecedentes, com fulcro nos elementos colhidos na instrução e com base nas circunstâncias fáticas do delito (preso duas vezes pelo delito de tráfico de drogas, num intervalo de 22 dias e em localidades próximas), que o paciente se dedicava ao tráfico de drogas, a modificação desse entendimento – a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas – enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*. Precedentes.
5. 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).
6. Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e à reparação aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, o julgador deve observar os critérios dos arts. 33 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006.

7. Este Tribunal Superior firmou o entendimento no sentido que a fixação de regime mais gravoso do que o legalmente previsto para a sanção imposta deve ser fundamentada em elementos concretos, extraídos das circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal ou de dados concretos constantes dos autos, em consonância com as Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF.

8. Embora o paciente seja primário e a pena para o tráfico tenha sido estabelecida em 5 anos de reclusão, a Corte *a quo* fixou motivadamente o regime inicial fechado (imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada), com base em dados concretos extraídos dos autos.

9. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de outubro de 2016(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 365.310 - RS (2016/0203048-8)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : KARINA DE SOUZA MONTEIRO E OUTRO
ADVOGADO : ALCI NICOLAU DA SILVA E SOUZA E OUTRO(S) - RS012784
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : TALISSON BENTO ABREU DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **TALISSON BENTO ABREU DA SILVA**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Consta nos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime fechado, mais 580 (quinhentos e oitenta) dias-multa pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

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

Neste *writ*, a impetrante insurge-se contra a dosimetria da pena, alegando que, embora o paciente seja primário, possua circunstâncias judiciais favoráveis e não se dedique à atividade ilícita nem integre organização criminosa, as instâncias ordinárias deixaram de aplicar a causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com base apenas no fato de o paciente ter sido preso duas vezes pelo delito de tráfico, o que entende não ser fundamentação idônea.

Salienta que, reconhecida a aplicação do redutor, tendo sido a pena-base fixada no mínimo legal, ser o paciente primário e inexistirem circunstâncias judiciais desfavoráveis, deve-se fixar o regime inicial aberto, conforme art. 33, § 2º, "c", do Código Penal, cabendo, na hipótese, sua substituição por restritivas de direitos.

Requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para que seja aplicada a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração máxima, fixado o regime mais brando e substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Liminar indeferida (e-STJ, fls. 116-117).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 124-160).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* ou pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 166-168).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 365.310 - RS (2016/0203048-8)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : KARINA DE SOUZA MONTEIRO E OUTRO
ADVOGADO : ALCI NICOLAU DA SILVA E SOUZA E OUTRO(S) - RS012784
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : TALISSON BENTO ABREU DA SILVA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME INICIAL FECHADO. ELEMENTOS CONCRETOS. ADEQUAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organização criminosa.

3. 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.

4. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, a causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, tem como objetivo favorecer os pequenos e eventuais traficantes, não alcançando aqueles que fazem do tráfico de drogas um meio de vida. Precedentes.

5. Concluído pelas instâncias antecedentes, com fulcro nos elementos colhidos na instrução e com base nas circunstâncias fáticas do delito (preso duas vezes pelo delito de tráfico de drogas, num intervalo de 22 dias e em localidades próximas), que o paciente se dedicava ao tráfico de drogas, a modificação desse entendimento – a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas – enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*. Precedentes.

5. 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).

6. Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, o julgador deve



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

observar os critérios dos arts. 33 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006.

7. Este Tribunal Superior firmou o entendimento no sentido que a fixação de regime mais gravoso do que o legalmente previsto para a sanção imposta deve ser fundamentada em elementos concretos, extraídos das circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal ou de dados concretos constantes dos autos, em consonância com as Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF.

8. Embora o paciente seja primário e a pena para o tráfico tenha sido estabelecida em 5 anos de reclusão, a Corte *a quo* fixou motivadamente o regime inicial fechado (imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada), com base em dados concretos extraídos dos autos.

9. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

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

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Passo à análise das alegações do impetrante.

Da análise dos autos, verifica-se que o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, tendo as instâncias ordinárias deixado de aplicar do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, por entenderem que o paciente se dedica a atividades criminosas, *in verbis* (e-STJ, fl. 146).

"Não incide, *in casu*, a privilegiadora do §4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, pois, conforme bem analisou o juízo *a quo*, "o réu, em que pese seja primário, foi, em um intervalo de 22 dias, preso duas vezes por tráfico de drogas, em locais extremamente próximos (situados a 180 metros de distância), demonstrando, assim, que se dedica à prática de atividades criminosas, especialmente da traficância". Nessa senda, não preenche o requisito de não se dedicar a atividades criminosas."

Nos termos 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.

Nesse contexto, 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.

Segundo reiterada jurisprudência deste Tribunal Superior, o mencionado benefício legal tem como objetivo favorecer os pequenos e eventuais traficantes, não alcançando aqueles



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que fazem do tráfico de drogas um meio de vida (AgRg no AREsp 648.408/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 5/10/2015; AgRg no REsp 1423806/SP; Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 20/8/2015).

Na hipótese dos autos, observa-se que o as instâncias ordinárias concluíram pela dedicação do paciente a atividades criminosas, levando em consideração as provas obtidas nos autos e o fato de ter sido preso duas vezes pelo delito de tráfico de drogas, num intervalo de 22 dias e em localidades próximas, o que demonstrou que fazia do tráfico seu meio de vida.

Assim, concluído pela instância antecedente, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito e nos demais elementos colhidos na instrução, que o paciente se dedica a atividades criminosas, a modificação desse entendimento – a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas – enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*.

A propósito:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTO IDÔNEO PARA AUMENTAR A PENA-BASE. NÃO APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO DO PACIENTE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME FÁTICO. INOCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. REGIME PRISIONAL COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. INADMISSIBILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE RECONHECIDA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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

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

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

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

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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

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

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

2. Não há constrangimento ilegal no ponto em que o Tribunal de Justiça estadual, sem piorar a situação do réu, manteve a não aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, com base em elementos concretos assinalados na sentença condenatória, que evidenciaram a dedicação do acusado à atividade criminosa do tráfico (depoimentos de testemunhas, funcionamento de boca de fumo no local da prisão, apreensão de balança de precisão e quantidade de pasta-base de cocaína apreendida).

3. Ordem não conhecida."

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

Quanto ao regime prisional, melhor sorte não socorre à impetrante, uma vez que a Corte *a quo* fixou motivadamente o regime mais gravoso com base em dados concretos extraídos dos autos, consistentes nos mesmos fundamentos utilizados para afastar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, na terceira fase da dosimetria (e-STJ, fl. 151).

Convém destacar que 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 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, também o 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.

Com efeito, a reiterada jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que "a gravidade abstrata do delito de tráfico de entorpecentes não serve de fundamento para a fixação do regime inicial fechado, tampouco para a negativa do benefício da liberdade provisória, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, e de parte do art. 44 da Lei n. 11.343/2006. 3. O discurso judicial que se apresenta puramente teórico, carente de real elemento de convicção não justifica o regime inicial mais severo para o cumprimento da pena privativa de liberdade." (HC 327.726/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 16/12/2015).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, consigna-se que este Tribunal Superior firmou o entendimento que a fixação de regime mais gravoso do que o legalmente previsto para a sanção imposta deve ser fundamentada em elementos concretos, extraídos das circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal ou de dados concretos constantes dos autos, em consonância com as Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF. Cito, a propósito, os seguintes precedentes:

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE CONSIDERÁVEL DA DROGA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AUSÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM QUE O PACIENTE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL FECHADO. HEDIONDEZ DO CRIME. FUNDAMENTO INIDÔNEO. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE ENSEJAM A NECESSIDADE DO REGIME MAIS GRAVOSO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. [...]

– 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.

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

– No caso, considerando-se que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em razão da quantidade e nocividade da droga apreendida, há circunstância concreta que recomenda o regime mais gravoso, para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

– *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 280.204/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 17/4/2015)

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA QUANTIDADE E VARIEDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06) NÃO APLICADA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO INDICATIVAS DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA À ATIVIDADE CRIMINOSA. INEXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. HIPÓTESE DIVERSA DA JULGADA NO ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL), DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. REGIME FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. VEDAÇÃO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO (ART. 33, §§ 2º E 3º, E ART. 44, INCISO III, AMBOS DO CÓDIGO PENAL - CP, E ART. 42 DA LEI N. 11.343/06). CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. 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 CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo. Nesse sentido, foi elaborado o Enunciado n. 440 da Súmula deste STJ e os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do STF.

[...]

Habeas corpus não conhecido."

No caso, embora o paciente seja primário e a pena para o tráfico tenha sido estabelecida em 5 anos e 10 meses de reclusão, a Corte *a quo* fixou motivadamente o regime inicial fechado (imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada), com base em dados concretos extraídos dos autos, consistentes no fato de dedicar-se a atividades ilícitas por ter sido preso duas vezes pelo delito de tráfico de drogas no interregno de 22 dias, em locais próximos.

Dessa forma, não se evidencia o alegado constrangimento ilegal, haja vista que o Tribunal de origem, com base em fundamentos concretos constante dos autos, fixou o regime mais gravoso, adequado para a prevenção e a reparação do delito, dadas as peculiaridades do caso concreto.

Por fim, estabelecido o *quantum* da pena em patamar superior a 4 (quatro) anos, é inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

Diante do exposto, **não conheço** do presente *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0203048-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 365.310 / RS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00121500257190 00795194020158210001 121500257190 21500257190
795194020158210001

EM MESA

JULGADO: 06/10/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : KARINA DE SOUZA MONTEIRO E OUTRO
ADVOGADO : ALCI NICOLAU DA SILVA E SOUZA E OUTRO(S) - RS012784
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : TALISSON BENTO ABREU DA SILVA (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 QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

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

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