



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 385.020 - SP (2017/0003813-4)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : **HENRIQUE ZIGART PEREIRA E OUTROS**
ADVOGADO : **HENRIQUE ZIGART PEREIRA E OUTRO(S) - SP386652**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **SILVIO HENRIQUE VITAL**

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME PRISIONAL FECHADO. 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. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. MONTANTE DA PENA QUE NÃO ATENDE AO REQUISITO OBJETIVO DO ART. 44, I, DO CP. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. REGIME PRISIONAL FECHADO FIXADO COM BASE NA NOCIVIDADE DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. EXAURIMENTO DAS VIAS ORDINÁRIAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

- 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.

- 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

- Hipótese em que inexistente ilegalidade quando da não aplicação do privilégio, pois a Corte local apontou a dedicação do paciente às atividades ilícitas, destacando a quantidade, a nocividade e a variedade dos entorpecentes apreendidos e as circunstâncias em que o delito ocorreu, notadamente agravadas pelo fato de que, com o acusado, foram encontradas uma balança eletrônica e a quantia de R\$ 1.483,00, cuja origem não restou comprovada. Modificar tal conclusão requer o revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do *habeas corpus*. Precedentes.

- Inalterada a pena corporal, pois mantido o não reconhecimento do tráfico privilegiado, fica prejudicado o pleito de substituição da pena corporal, uma vez que o montante da pena não atende ao requisito objetivo do art. 44, I, do Código Penal.

- 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.

- No caso, apesar de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal e o montante da sanção (5 anos de reclusão) comportar o regime semiaberto, o acórdão recorrido consignou a necessidade do regime mais gravoso com lastro na quantidade, variedade e nocividade das drogas apreendidas, as quais, inclusive, fundamentaram o não reconhecimento do privilégio, o que está em consonância à jurisprudência desta Corte e ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- Quanto à expedição de mandado de prisão antes do trânsito em julgado, sabe-se que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 17/2/2016, no julgamento do HC n. 126.292/SP, decidiu, por maioria de votos, que a execução provisória da pena não afronta o princípio constitucional da presunção de inocência, de modo que,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

confirmada a condenação por colegiado em segundo grau, e ainda que pendentes de julgamento recursos de natureza extraordinária (recurso especial e/ou extraordinário), a pena poderá, desde já, ser executada.

- Na espécie, verifica-se que, prolatado o acórdão condenatório e julgado os embargos de declaração opostos pela defesa, ocorreu o encerramento do trâmite processual nas instâncias ordinárias, não havendo mais que se discutir acerca dos fundamentos da prisão preventiva do ora paciente, que passa a constituir a permitida execução provisória de pena. Precedentes.

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

Brasília (DF), 21 de março de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 385.020 - SP (2017/0003813-4)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : HENRIQUE ZIGART PEREIRA E OUTROS
ADVOGADO : HENRIQUE ZIGART PEREIRA E OUTRO(S) - SP386652
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SILVIO HENRIQUE VITAL

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, substitutivo de recurso especial, impetrado em favor de SILVIO HENRIQUE VITAL, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos da Apelação n. 0003307-52.2016.8.26.0114.

Consta dos autos que o ora paciente foi condenado, em primeiro grau, como incurso no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, às penas de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 250 dias-multa (fls. 68/86).

Inconformado, o Ministério Público apelou, postulando o afastamento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 ou a sua aplicação na fração mínima, bem como o afastamento da substituição da pena corporal por penas alternativas e a fixação do regime inicial fechado.

O Tribunal *a quo* deu provimento ao recurso ministerial, para o fim de afastar a aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, redimensionando a pena do réu Silvio Henrique Vital para 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no piso mínimo, bem como fixar o regime inicial fechado e afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, mantida, no mais, a r. sentença. Expeça-se mandado de prisão. V.U. (fl. 112).

No presente *writ*, alegam os impetrantes que o paciente, menor de 21 anos à época dos fatos, é primário, de bons antecedentes, e confessou integralmente o crime, razão pela qual a sentença lhe impôs uma pena mais adequada e proporcional. Ponderam que *NÃO HÁ ELEMENTOS QUE DEMONSTREM QUE ELE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS OU QUE INTEGRAVA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA*, razão pela qual



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

era realmente de direito o reconhecimento da causa de diminuição do artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006 (fl. 4). Argumentam, ainda, que, se não houve motivos para que a pena fosse fixada acima do mínimo legal, em razão das circunstâncias do artigo 59 do Código Penal e 42 da Lei de Drogas, não há qualquer justificativa para afastar a diminuição da pena pelo parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, no patamar que fixado pela respeitável sentença (fl. 10).

Sustentam, ainda, que, como não houve confirmação de sentença condenatória, mas reforma de sentença de maneira diversa e mais severa em segundo grau de jurisdição, [...] não houve ratificação de eventual sentença condenatória a ensejar a expedição de mandado de prisão. Assim, a imediata expedição de mandado de prisão é ilegal e se configura em verdadeiro constrangimento ilegal" (fl. 15). Asseveram que não houve esgotamento das vias ordinárias, por "não ter transitado em julgado a matéria fática em decorrência da pendência do prazo para então ser ajuizado embargos de declaração interpostos com a finalidade de sanar omissão e contradição presente no venerando acórdão, ou seja, não esgotada a via processual em Segunda Instância a ensejar a expedição de mandado de prisão" (fl. 21).

Requerem, inclusive liminarmente, o restabelecimento da sentença de primeiro grau, com a aplicação do redutor previsto no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, com a consequente modificação do regime prisional e aplicação do art. 44 do CP, bem como a expedição de contramandado de prisão em favor do paciente.

Pedido liminar indeferido (fls. 132/137).

Informações prestadas às fls. 148/179.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela concessão *ex officio* da ordem, apenas para que o paciente aguarde, em liberdade, o exaurimento das instâncias ordinárias (fls. 183/193).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 385.020 - SP (2017/0003813-4)

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 os impetrantes não tenham 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 o restabelecimento da aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, redimensionando-se a pena do paciente, com a consequente fixação de regime mais brando e a aplicação do art. 44 do CP.

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso, o sentenciante condenou o ora paciente à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, substituída a pena corporal por medidas restritivas de direitos (fls. 68/86).

O Tribunal de origem, por seu turno, ao dar provimento ao apelo ministerial, manteve a pena-base no piso legal, mas afastou o reconhecimento da minorante prevista no § 4º do art. 33 da lei n. 11.343/2006, alcançando a sanção o montante definitivo de 5 anos de reclusão. O voto condutor do acórdão recorrido consignou que (fls.116/118):

O recurso merece prosperar.

Na primeira fase do cálculo, atento às diretrizes do artigo 59 do Código Penal, o MM. Juiz sentenciante fixou a básica no mínimo legal, o que fica mantido.

Na sequência, não foram consideradas circunstâncias agravantes ou atenuantes, cabendo aqui lembrar que a menoridade relativa do acusado não tem o condão de reduzir a pena para alguém do mínimo legal (Súmula nº 231 do C. STJ).

Na derradeira etapa do cálculo, contudo, deve ser afastado o benefício previsto no artigo § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, uma vez que as circunstâncias do caso em comento, em especial a quantidade, diversidade e a natureza das drogas apreendidas, constituem indícios sérios de envolvimento com a criminalidade.

De fato, comprovada pelas provas dos autos a dedicação do réu à atividade criminosa, tendo em vista, principalmente, as circunstâncias da prisão e a razoável quantidade de droga apreendida - 30 porções de “maconha” e 17 porções de “crack” em seu poder, além de ter em depósito 08 tabletes de “maconha”, e outras 77 porções de “crack”, totalizando mais de 200g de “maconha” e mais de 20g de “crack” -, deve ser afastada a causa de diminuição de pena prevista no 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06.

Mas não é só. Em poder do réu foi apreendida também uma balança eletrônica e a quantia de R\$ 1.483,00 em dinheiro de origem incomprovada, sendo certo que o apelado não só deixou de demonstrar atividade lícita remunerada, como, questionado, declarou-se desempregado (fls. 43), deixando clara sua dedicação ao tráfico como meio de vida.

Ora, a benesse em questão tem por objetivo favorecer somente o traficante eventual, de “primeira viagem”, e não aquele que está inserido em atividade criminosa, efetivamente comprometido com o tráfico e que faz do comércio de drogas o seu meio de vida, como,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

certamente, é o caso do apelado Silvio, que trazia consigo significativa quantidade e variedade de drogas, dentre as quais o “crack”, entorpecente de maior incidência, atualmente, causador de dependência química rápida e danos irreversíveis, que podem levar o usuário a óbito em pouco tempo de uso.

Registre-se, ademais, por oportuno, que na aplicação do preceito o Juiz deve levar em conta, também, a culpabilidade do agente e as circunstâncias do delito, sem o que estará violando o princípio da individualização da pena, e no caso vertente o acusado demonstra, indiscutivelmente, acentuada periculosidade, inclusive porque, quando do interrogatório judicial, admitiu que estava traficando porque se encontrava desempregado, evidenciando, assim, que vinha se dedicando a essa atividade criminosa havia algum tempo.

De rigor, portanto, o afastamento da benesse prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas. Em consequência, a pena do réu fica redimensionada para 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no piso mínimo.

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 integrem 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.

Logo, a quantidade, a variedade e a nocividade da droga, bem como as circunstâncias nas quais foi apreendida, são elementos que evidenciam a dedicação à atividade criminosa e, em decorrência, podem embasar o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Nesse sentido, conferir: *HC 362.266/RS, deste Relator, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 23/09/2016 e HC 326.519/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2016, DJe 03/08/2016.*

Na espécie, pela leitura do excerto acima transcrito, infere-se que o Tribunal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de origem conferiu legalidade ao não reconhecimento do privilégio, ao destacar que a quantidade, a variedade e a nocividade dos entorpecentes apreendidos (*20g de crack e 200g de maconha, divididos em diversas porções*) e as circunstâncias em que o delito ocorreu, notadamente agravadas pelo fato de que, com o paciente, foram encontradas uma balança eletrônica e a quantia de R\$ 1.483,00, cuja origem não comprovada, permitem concluir que há dedicação às atividades criminosas.

Assim, tendo havido fundamentação concreta, pelo Tribunal local, para 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 amealhado durante a instrução probatória, o que, como cediço, é vedado na via estreita do *habeas corpus*, de cognição sumária.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO. INVIABILIDADE. NECESSIDADE DE INCURSÃO NA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). DEDICAÇÃO DOS CONDENADOS À ATIVIDADE CRIMINOSA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO DEMONSTRADA EM FUNÇÃO DA QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGA APREENDIDA. MODIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PATAMAR DA REPRIMENDA SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

3. Os fundamentos utilizados pela Corte estadual para não aplicar ao caso concreto a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa, evidenciada sobretudo pelas circunstâncias do delito e pela quantidade de drogas apreendidas (33,7g de "maconha", distribuída em 18 embalagens), está em consonância com o entendimento desta Corte.

Ademais, para se acolher a tese de que o paciente não se dedica às



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atividades criminosas, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em habeas corpus.

(...)

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime inicial semiaberto. (HC 351.136/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 29/09/2016) - grifei.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NOCIVIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE OS PACIENTES DEDICAM-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. MONTANTE DA PENA QUE NÃO ATENDE AO REQUISITO OBJETIVO PREVISTO NO INCISO I DO ART. 44 DO CP. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MANUTENÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

- Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

- Esta Corte Superior tem decidido que a quantidade, a variedade e a nocividade da droga, bem como as circunstâncias nas quais foi apreendida, são elementos que evidenciam a dedicação do réu à atividade criminosa e, em decorrência, podem embasar o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- Hipótese em que o Tribunal de origem conferiu legalidade quando não reconheceu o privilégio, demonstrando a dedicação às atividades ilícitas diante da quantidade e da nocividade dos entorpecentes apreendidos, aliada às circunstâncias em que o delito ocorreu, notadamente agravadas pela apreensão de balança



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de precisão e demais materiais utilizados no preparo das drogas, bem como ao fato de um dos pacientes contar com o registro de processo em curso e o outro, com condenação definitiva posterior aos fatos em tela. Modificar tal conclusão requer o revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus. Precedentes.

(...)

- Habeas corpus não conhecido. (HC 370.363/RS, deste Relator, QUINTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 08/11/2016) - grifei.

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. NÃO INCIDÊNCIA. QUANTIDADE DE DROGA E CIRCUNSTÂNCIAS DA APREENSÃO A EVIDENCIAR QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO DO SUPORTE FÁTICO-PROBATÓRIO NA VIA ESTREITA DO WRIT. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO COM BASE NA GRAVIDADE DO DELITO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL SEMIABERTO.

(...)

2. Mantém-se o não reconhecimento da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, uma vez que a Corte de origem deixou de aplicá-la em razão da quantidade de substância entorpecente apreendida - 101,92 g (cento e um gramas e noventa e dois centigramas) de maconha -, bem como em razão do contexto da apreensão, porquanto foi encontrado no quarto em que pernoitava o réu R\$ 84,55 (oitenta e quatro reais e cinquenta e cinco centavos) e uma balança de precisão, destacando, outrossim, a prática da conduta espúria por aproximadamente dois meses, com o mínimo de organização, circunstâncias que evidenciaram o fato de o réu dedicar-se às atividades criminosas. Por outro lado, a desconstituição do entendimento adotado na origem demandaria a incursão no suporte fático-probatório dos autos, tarefa para a qual não se presta o habeas corpus.

(...)

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda nos autos do Processo n. 0004488-91.2014.4.8.26.0071. (HC 367.143/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 25/10/2016) - grifei.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por oportuno, inalterada a pena corporal, pois mantido o não reconhecimento do tráfico privilegiado, fica prejudicado o pleito de substituição da pena corporal, uma vez que o montante da pena não atende ao requisito objetivo do art. 44, I, do Código Penal.

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.

No caso, o Tribunal de origem fundamentou o regime mais gravoso nos seguintes moldes (fls. 118/119):

Por derradeiro, o regime inicial fechado, na hipótese em comento, é o único adequado para coibir a infração praticada pelo réu, sendo imperioso observar que as circunstâncias do caso concreto, bem esclarecidas nos autos, não recomendam a fixação de regime prisional mais brando (art. 33, § 3º, do CP). A propósito, consoante orientação do C. Superior Tribunal de Justiça, “(...) A verificação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do regime inicial de cumprimento da pena e a possibilidade de substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos demandam a verificação da quantidade e natureza da droga apreendida em poder do acusado (art. 42 da Lei n. 11.343/2006)” (HC nº 193.057/SP, Relator o eminente Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe de 29/9/2011).

Pela leitura do excerto acima transcrito, infere-se que, no julgamento do recurso de apelação, o Tribunal local fundamentou adequadamente a necessidade da fixação do regime mais gravoso, ao destacar que a gravidade concreta do delito, evidenciada pela elevada quantidade, variedade e nocividade dos entorpecentes apreendidos (200g de maconha e 20g de crack), as quais, inclusive, fundamentaram o não reconhecimento do privilégio, enseja uma maior repressão estatal, nos termos do art. 33, § 3º, do CP e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Assim, inexistente coação ilegal a ser sanada, uma vez que esta Corte tem decidido que, em se tratando do delito previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade, variedade e espécie dos entorpecentes apreendidos podem motivar o estabelecimento do regime mais gravoso.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.340/2006. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)

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

5. Embora o paciente seja primário e a pena tenha sido fixada em 5 (cinco) anos de reclusão, revela-se correta a fixação do regime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inicial mais gravoso (fechado), tendo em vista a natureza e a quantidade da droga apreendida (45 porções de cocaína, 26 invólucros de crack e 31 trouxinhas de maconha).

(...)

7. Habeas corpus não conhecido. (HC 326.192/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 26/04/2016) - grifei.

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME FECHADO. MOTIVAÇÃO CONCRETA. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

3. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

(...)

5. Devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial fechado, com base em elementos concretos dos autos, a saber, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas - 59 pinos de crack, 138 porções de maconha e 9 invólucros de cocaína - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

6. Habeas corpus não conhecido. (HC 371.857/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 10/02/2017) - grifei.

Por fim, quanto à expedição de mandado de prisão antes do trânsito em julgado, sabe-se que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 17/2/2016, no julgamento do HC n. 126.292/SP, decidiu, por maioria de votos, que a execução provisória da pena não afronta o princípio constitucional da presunção de inocência, de modo que, confirmada a condenação por colegiado em segundo grau, e ainda que pendentes de julgamento recursos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de natureza extraordinária (recurso especial e/ou extraordinário), a pena poderá, desde já, ser executada.

No caso, verifica-se que, prolatado o acórdão condenatório e julgado os embargos de declaração opostos pela defesa em 15/3/2017, ocorreu o encerramento do trâmite processual nas instâncias ordinárias, não havendo mais que se discutir acerca dos fundamentos da prisão preventiva do ora paciente, que passa a constituir a permitida execução provisória de pena.

Nessa linha:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. PACIENTE CONDENADO EM SEGUNDO GRAU POR TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ACÓRDÃO QUE DETERMINOU A PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE CONCRETA. PERICULOSIDADE SOCIAL DO AGENTE. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. LEGALIDADE. RECENTE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

(...)

4. Ademais, prolatado o acórdão condenatório pelo Tribunal de origem (com o oportuno julgamento dos embargos de declaração opostos pela defesa), conclui-se encerrada a jurisdição das instâncias ordinárias - bem como a análise dos fatos e provas que assentaram a culpa do condenado -, sendo possível, em tese, dar início à execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da condenação, sem que isso importe em violação do princípio constitucional da presunção de inocência (STF, HC 126292, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, processo eletrônico DJe-100, divulgado em 16/05/2016 PUBLIC 17/05/2016).

5. Habeas corpus não conhecido. (HC 361.957/MG, deste Relator, QUINTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 08/11/2016) -grifei.

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 1º, II, DA LEI Nº 8.137/1990. APELAÇÃO E EMBARGOS DE DECLARAÇÃO JULGADOS. EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE PRISÃO. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. OFENSA À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. REFORMATIO IN PEJUS. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 17.2.2016, no julgamento do HC n.º 126.292/SP, decidiu, por maioria de votos, que a execução provisória da pena não afronta o princípio constitucional da presunção de inocência, de modo que, confirmada a condenação por colegiado em segundo grau, e ainda que pendentes de julgamento recursos de natureza extraordinária (recurso especial e/ou extraordinário), a pena poderá, desde já, ser executada. Não há falar em reformatio in pejus diante do contido na sentença de primeiro grau. Ressalva do entendimento da Relatora.

2. Ordem denegada. (HC 354.441/PE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/06/2016, DJe 14/06/2016) - grifei.

Ante o exposto, inexistindo coação ilegal a ensejar a atuação *ex officio* desta Corte, **não conheço do habeas corpus**, pois manifestamente incabível na espécie.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0003813-4

HC 385.020 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00033075220168260114 20160000939043 2052016 33075220168260114

EM MESA

JULGADO: 21/03/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

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

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : HENRIQUE ZIGART PEREIRA E OUTROS
ADVOGADO : HENRIQUE ZIGART PEREIRA E OUTRO(S) - SP386652
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SILVIO HENRIQUE VITAL

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