



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 376.213 - RJ (2016/0281460-4)

**RELATORA** : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA  
**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** : HERALD DA SILVA (PRESO)  
**PACIENTE** : THIAGO MACHADO LOPES (PRESO)

### EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. *REFORMATIO IN PEJUS*. NÃO OCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. NÃO CONHECIMENTO.

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

2. Pelo princípio da *non reformatio in pejus*, o recorrente tem o direito de não ter sua situação agravada, direta ou indiretamente, quando se tratar de recurso exclusivo. Ressalvado meu entendimento pessoal sobre a matéria, em julgados recentes, a Sexta Turma tem decidido no sentido de que não fere o princípio em comento a adoção pelo Tribunal de motivação própria sobre as questões jurídicas ampla e contraditoriamente debatidas no juízo *a quo*, não se tratando de inovação indevida, desde que não agravada a situação do réu.

3. Na espécie, a Corte de origem adotou fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o *quantum* imposto, tendo em vista a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida - 72,5g de cocaína, distribuídos em 263 sacolés - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006).

4. Concluído pelas instâncias de origem, com arrimo nos fatos da causa, que a paciente se dedicava às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.

5. Devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial fechado, em razão da natureza e quantidade da substância entorpecente apreendida - 72,5g de cocaína, distribuídos em 263 sacolés - (art. 42 da Lei n.º 11.343/06), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

6. É assente neste Tribunal Superior que para os casos em que o agente tenha sido condenado a pena superior a quatro e inferior a 8 anos de reclusão (*in casu*, 4 anos e 8 meses de reclusão) e presentes circunstâncias judiciais desfavoráveis idôneas à elevação da pena-base acima do mínimo legal,



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

aplica-se o regime fechado para o início de cumprimento da pena, em observância ao artigo 33, parágrafos 2º e 3º, do Código Penal.

7. *Habeas corpus* não conhecido.

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 17 de novembro de 2016(Data do Julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA  
Relatora



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 376.213 - RJ (2016/0281460-4)**

**RELATORA** : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA  
**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** : HERALD DA SILVA (PRESO)  
**PACIENTE** : THIAGO MACHADO LOPES (PRESO)

### RELATÓRIO

**MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de HERALD DA SILVA e THIAGO MACHADO LOPES, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (Apelação n. 0132858-65.2015.8.19.0001).

Extraí-se dos autos que os pacientes foram condenados, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 777 (setecentos e setenta e sete) dias-multa, no patamar mínimo (Herald da Silva), e 06 (seis) anos e 05 (cinco) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 647 (seiscentos e quarenta e sete) dias-multa, no patamar mínimo (Thiago Machado Lopes), por terem incidido na figura típica prevista no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006. Eis o teor da sentença condenatória, no que interessa (fls. 20/31):

(...)

Não pode incidir a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, uma vez que os requisitos previstos no referido dispositivo legal são cumulativos, dentre eles, a exigência de que o beneficiado não se dedique às atividades criminosas. No caso concreto, os réus possuem anotações anteriores (FAC de fls. 100-103 e 107-113). Os depoimentos das testemunhas, já exaustivamente explorados, também corroboram para a tese de que os réus se dedicam rotineiramente e de forma profissional à atividade criminosa, o que impede a aplicação do redutor de pena em exame.

(...)

3- Aplicação da Pena.

Atento às diretrizes dos artigos 68 c/c 59 do Código Penal e 42 da Lei 11.343/06, passo ao cálculo da pena.

#### DA PENA APLICADA AO RÉU HERALD DA SILVA

##### 3.1 Dosimetria

Em PRIMEIRA FASE de dosimetria, a culpabilidade do réu é normal para o tipo. Não há notícias de maus antecedentes, bem como de elementos que permitam a análise da conduta social e da personalidade. Os motivos, as circunstâncias e as consequências são inerentes ao tipo. O comportamento da vítima não é passível de valoração, pois o crime em



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

espécie tem como sujeito passivo a coletividade.

Quanto aos antecedentes, saliente-se que, embora haja anotação na FAC do acusado, não pode ser considerada circunstância desfavorável a existência de inquéritos policiais ou ações penais em curso, conforme Súmula 444/STJ.

**A natureza da droga - cocaína dividida em 263 (duzentos e sessenta e três) sacolês, prontos para serem vendidos- é circunstância desfavorável, apta a elevar a pena-base. A cocaína gera riscos graves à saúde, em grau maior do que drogas de outra natureza. Dessa forma, aumento a pena-base em 10 (dez) meses.**

Diante disso, fixo a pena-base em 5 (anos) e 10 (meses) e 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa.

Em SEGUNDA FASE de dosimetria, não incidem, nesta fase, agravantes ou atenuantes. Dessa forma, converto a pena-base em pena provisória.

Em TERCEIRA FASE de dosimetria, aplica-se a causa de aumento prevista no art. 40, inciso VI, da Lei 11.343/06, razão pela qual aumento a pena na razão de 1/6 (um sexto). O resultado equivale a 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e 777 (setecentos e setenta e sete) dias-multa, estes fixados em 1/30 do salário mínimo vigente na data dos fatos.

### 3.2 REGIME INICIAL

**Fixo o regime inicial fechado, com fundamento no art. 33, §3º, do Código Penal, tendo em vista a alta reprovabilidade da conduta em razão da natureza de uma das substâncias entorpecentes apreendidas, qual seja, a cocaína. De fato, a referida substância entorpecente gera riscos graves à saúde, em grau maior do que drogas de outra natureza.**

**Saliente-se que a natureza e quantidade da droga nada mais são do que espécies de circunstâncias do crime, as quais devem ser analisadas para fins de fixação do regime inicial, nos termos do art. 33, §3º, c/c 59, ambos do Código Penal.**

Dispõe o art. 387, §2º, do CPP que o tempo de prisão preventiva será considerado para a aplicação do regime prisional. Entretanto, entende-se que, neste momento processual, não cabe a aplicação do instituto da detração a fim de reajustamento de regime prisional. Isso porque o referido instituto, em verdade, configura inadequada análise de progressão de regime por juízo incompetente. Com efeito, trata-se de matéria de competência do juízo da execução penal, sobretudo porque o juiz da fase de conhecimento não tem a possibilidade de analisar o comportamento do acusado na prisão, o que constitui elemento subjetivo para a progressão de regime.

Ademais, a modificação de regime apenas com base no requisito objetivo da progressão previsto na LEP, ou ainda, com fundamento exclusivo no art. 33 do CP, implica tratamento desigual para presos em situações idênticas, eis que os demais condenados que possuem o regime analisado pela VEP terão a modificação do regime com base em critérios diversos.

Nesse sentido os seguintes julgados do Tribunal de Justiça deste Estado: (...)

Assim sendo, deixo de aplicar a detração para fins de fixação de regime



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inicial.

### 3.3 ANÁLISE DE BENEFÍCIOS PENAIS

Não é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois ausente o requisito previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal, tendo em vista que a pena é superior a quatro anos.

Também não se pode conceder a suspensão condicional da pena, eis que a pena é superior a dois anos, conforme art. 77 do Código Penal.

### **DA PENA APLICADA AO RÉU THIAGO MACHADO LOPES**

Em PRIMEIRA FASE de dosimetria, a culpabilidade do réu é normal para o tipo. Não há elementos que permitam a análise da conduta social e da personalidade. Os motivos, as circunstâncias e as consequências são inerentes ao tipo. O comportamento da vítima não é passível de valoração, pois o crime em espécie tem como sujeito passivo a coletividade. O réu ostenta maus antecedentes, haja vista a anotação de fl.102.

**A natureza da droga - cocaína dividida em 263 (duzentos e sessenta e três) sacólés, prontos para serem vendidos- é circunstância desfavorável, apta a elevar a pena-base. A cocaína gera riscos graves à saúde, em grau maior do que drogas de outra natureza.**

Diante disso, fixo a pena-base em 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa, à razão do mínimo legal.

Em SEGUNDA FASE de dosimetria, incide, nesta etapa, a atenuante prevista no artigo 65, I do CP, na medida em que o réu era menor de 21 (vinte e um) anos de idade na data dos fatos. Dessa maneira, reduzo a pena em 1/6 (um sexto), que passa a ser de 5 (cinco) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias e 555 (quinhentos e cinquenta e cinco) dias-multa.

Em TERCEIRA FASE de dosimetria, aplica-se a causa de aumento prevista no art. 40, inciso VI, da Lei 11.343/06, razão pela qual aumento a pena na razão de 1/6 (um sexto). O resultado equivale a 6 (seis) anos, 5(cinco) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão, e 647 (seiscentos e quarenta e sete) dias-multa, estes fixados em 1/30 do salário mínimo vigente na data dos fatos.

### DO REGIME INICIAL

**Fixo o regime inicial fechado, com fundamento no art. 33, §3º, do Código Penal, tendo em vista a alta reprovabilidade da conduta em razão da natureza de uma das substâncias entorpecentes apreendidas, qual seja, a cocaína. De fato, a referida substância entorpecente gera riscos graves à saúde, em grau maior do que drogas de outra natureza.**

**Saliente-se que a natureza e quantidade da droga nada mais são do que espécies de circunstâncias do crime, as quais devem ser analisadas para fins de fixação do regime inicial, nos termos do art. 33, §3º, c/c 59, ambos do Código Penal.**

Deixo de aplicar a detração para fins de fixação de regime inicial, conforme já fundamentado em aplicação da pena em relação ao réu Herald.

### 4-ANÁLISE DE BENEFÍCIOS PENAIS

Não é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois ausente o requisito previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal, tendo em vista que a pena é superior a quatro anos.

Também não se pode conceder a suspensão condicional da pena, eis



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que a pena é superior a dois anos, conforme art. 77 do Código Penal.

### 5 - DISPOSITIVO

Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTE A PRETENSÃO PUNITIVA** para CONDENAR o réu **HERALD DA SILVA**, como incurso no art. 33, caput da Lei 11.343/06, 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, e ao pagamento de 777 (setecentos e setenta e sete) dias-multa, estes fixados em 1/30 do salário mínimo vigente na data dos fatos e **THIAGO MACHADO LOPES**, como incurso no art. 33, caput da Lei 11.343/06, a 6 (seis) anos, 5 (cinco) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão, DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, e ao pagamento de 647 (seiscentos e quarenta e sete) dias-multa, estes fixados em 1/30 do salário mínimo vigente na data dos fatos

### 6 - PROVIDÊNCIAS FINAIS

Permanecem presentes os requisitos da prisão preventiva, previstos nos arts. 312 e 313, inciso I do CPP. No caso concreto, a conduta dos réus demonstra alta periculosidade, pela forma profissional de acondicionamento da droga, natureza da substância (cocaína). Além disso, há de se ressaltar a possibilidade da reiteração delitiva, as anotações anteriores pelo crime de tráfico de drogas. Não é demais lembrar que a atividade de tráfico de drogas "está implicitamente revestida de intensa violência e de periculosidade, o que constitui incontestável ameaça à ordem social. Trata-se, inclusive, de delito equiparado a hediondo e a constituição federal impõe maior repressão a infrações dessa natureza" (TJRJ, HC 0013529-62.2015.8.19.0000, 4ª Câmara Criminal, Rel. Des. JOAO ZIRALDO MAIA, J. 05/05/2015).

Inconformada, a Defesa interpôs recurso de apelação na origem, ao qual foi negado provimento pelo Tribunal de Justiça, em acórdão assim fundamentado (fl. 19):

(...)

Como pleito subsidiário pretende a defesa seja fixada a pena no mínimo legal. No entanto agiu com acerto o Magistrado sentenciante, a teor do que preceitua o art. 42 da Lei 11.343/06, considerando a **natureza e quantidade da droga, a saber, 72,5g de cocaína**, distribuídos em 263 sacolés, sendo maior a reprovabilidade da conduta.

Igualmente não merece guarida a aplicação da **causa de diminuição de pena prevista no art. §4º do art. 33 da Lei 11.343/06** em favor do acusado HERALD.

Cabe salientar que tal benesse se destina somente ao traficante episódico. Embora o réu seja tecnicamente primário, os depoimentos das testemunhas de fato corroboram a tese de que o **réu se dedicava rotineiramente ao tráfico**, indicando que os apelantes não eram traficantes de "primeira viagem".

Ainda que assim não fosse, não há dúvida de que havia uma associação ao menos eventual, que aliado às demais circunstâncias, impedem seja aplicado o redutor pretendido.

**A valoração negativa da quantidade e natureza do entorpecente, aliada às circunstâncias apontadas constitui fator suficiente para a determinação do regime de cumprimento da pena mais gravoso,**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

justificando seja encetada a execução no regime fechado.

À conta de tais considerações, voto no sentido de REJEITAR A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO AOS RECURSOS.

**No presente *mandamus*, sustenta a Defesa, em síntese: a) o direito à fixação da pena-base no mínimo legal para ambos os pacientes; b) a possibilidade de aplicação do privilégio previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas em seu patamar máximo para o réu Herald; e c) o direito à fixação do regime inicial semiaberto ou aberto em relação ao réu Herald.**

Alega que *"a pena-base dos ora pacientes foi fixada acima do mínimo legal em função da natureza da droga apreendida, tendo sido mantida pelo v. acórdão, que inovou incorrendo em reformatio in pejus ao acrescentar o fundamento da quantidade da substância entorpecente"*. No ponto, ressalta que Herald é primário e que a natureza da droga apreendida, por si só, não autoriza a exasperação da pena-base.

Aduz que deve haver uma reavaliação das provas a fim de que seja reconhecido ao paciente Herald o direito à causa especial de diminuição de pena previsto no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, porquanto o paciente é primário, não lhe sendo imputada a prática do crime de associação para o tráfico.

Pondera que já foi reconhecida a inconstitucionalidade do art. 44 da Lei 11.343/2006 pelo STF e que o Herald preenche os requisitos para início do desconto da pena em regime menos gravoso.

Ao final, pede, liminarmente, a concessão da ordem para a imediata fixação do regime inicial mais brando para o paciente Herald da Silva.

No mérito, requer a concessão da ordem para reduzir a pena-base ao mínimo legal em relação a ambos pacientes; e para aplicação da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 em seu grau máximo e fixação do regime inicial semiaberto ou aberto em relação ao Herald da Silva.

Liminar indeferida às fls. 80/84.

Informações prestadas às fls. 93/95 e 97/99.

O Ministério Público opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus* e, caso conhecido, pela denegação da ordem.

É o relatório.





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 376.213 - RJ (2016/0281460-4)**

### EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. *REFORMATIO IN PEJUS*. NÃO OCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. NÃO CONHECIMENTO.

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

2. Pelo princípio da *non reformatio in pejus*, o recorrente tem o direito de não ter sua situação agravada, direta ou indiretamente, quando se tratar de recurso exclusivo. Ressalvado meu entendimento pessoal sobre a matéria, em julgados recentes, a Sexta Turma tem decidido no sentido de que não fere o princípio em comento a adoção pelo Tribunal de motivação própria sobre as questões jurídicas ampla e contraditoriamente debatidas no juízo *a quo*, não se tratando de inovação indevida, desde que não agravada a situação do réu.

3. Na espécie, a Corte de origem adotou fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o *quantum* imposto, tendo em vista a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida - 72,5g de cocaína, distribuídos em 263 sacolés - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006).

4. Concluído pelas instâncias de origem, com arrimo nos fatos da causa, que a paciente se dedicava às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.

5. Devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial fechado, em razão da natureza e quantidade da substância entorpecente apreendida - 72,5g de cocaína, distribuídos em 263 sacolés - (art. 42 da Lei n.º 11.343/06), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

6. É assente neste Tribunal Superior que para os casos em que o agente tenha sido condenado a pena superior a quatro e inferior a 8 anos de reclusão (*in casu*, 4 anos e 8 meses de reclusão) e presentes circunstâncias judiciais desfavoráveis idôneas à elevação da pena-base acima do mínimo legal, aplica-se o regime fechado para o início de cumprimento da pena, em observância ao artigo 33, parágrafos 2º e 3º, do Código Penal.

7. *Habeas corpus* não conhecido.





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### VOTO

#### MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Destaco, inicialmente, que se trata de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, o que impede o seu conhecimento. Cabe avaliar, de qualquer sorte, a existência de ilegalidade patente a ensejar a concessão de ordem de ofício.

Eis o teor do édito condenatório, no que pertinente (fls. 20/31):

(...)

**Não pode incidir a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, uma vez que os requisitos previstos no referido dispositivo legal são cumulativos, dentre eles, a exigência de que o beneficiado não se dedique às atividades criminosas. No caso concreto, os réus possuem anotações anteriores (FAC de fls. 100-103 e 107-113). Os depoimentos das testemunhas, já exaustivamente explorados, também corroboram para a tese de que os réus se dedicam rotineiramente e de forma profissional à atividade criminosa, o que impede a aplicação do redutor de pena em exame.**

(...)

3- Aplicação da Pena.

Atento às diretrizes dos artigos 68 c/c 59 do Código Penal e 42 da Lei 11.343/06, passo ao cálculo da pena.

#### **DA PENA APLICADA AO RÉU HERALD DA SILVA**

##### **3.1 Dosimetria**

Em PRIMEIRA FASE de dosimetria, a culpabilidade do réu é normal para o tipo. Não há notícias de maus antecedentes, bem como de elementos que permitam a análise da conduta social e da personalidade. Os motivos, as circunstâncias e as consequências são inerentes ao tipo. O comportamento da vítima não é passível de valoração, pois o crime em espécie tem como sujeito passivo a coletividade.

Quanto aos antecedentes, saliente-se que, embora haja anotação na FAC do acusado, não pode ser considerada circunstância desfavorável a existência de inquéritos policiais ou ações penais em curso, conforme Súmula 444/STJ.

**A natureza da droga - cocaína dividida em 263 (duzentos e sessenta e três) sacolés, prontos para serem vendidos- é circunstância desfavorável, apta a elevar a pena-base. A cocaína gera riscos graves à saúde, em grau maior do que drogas de outra natureza. Dessa forma, aumento a pena-base em 10 (dez) meses.**

Diante disso, fixo a pena-base em 5 (anos) e 10 (meses) e 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa.

Em SEGUNDA FASE de dosimetria, não incidem, nesta fase, agravantes ou atenuantes. Dessa forma, converto a pena-base em pena provisória.

Em TERCEIRA FASE de dosimetria, aplica-se a causa de aumento prevista no art. 40, inciso VI, da Lei 11.343/06, razão pela qual aumento a pena na razão de 1/6 (um sexto). O resultado equivale a 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e 777 (setecentos e setenta e



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sete) dias-multa, estes fixados em 1/30 do salário mínimo vigente na data dos fatos.

### 3.2 REGIME INICIAL

**Fixo o regime inicial fechado, com fundamento no art. 33, §3º, do Código Penal, tendo em vista a alta reprovabilidade da conduta em razão da natureza de uma das substâncias entorpecentes apreendidas, qual seja, a cocaína. De fato, a referida substância entorpecente gera riscos graves à saúde, em grau maior do que drogas de outra natureza.**

**Saliente-se que a natureza e quantidade da droga nada mais são do que espécies de circunstâncias do crime, as quais devem ser analisadas para fins de fixação do regime inicial, nos termos do art. 33, §3º, c/c 59, ambos do Código Penal.**

Dispõe o art. 387, §2º, do CPP que o tempo de prisão preventiva será considerado para a aplicação do regime prisional. Entretanto, entende-se que, neste momento processual, não cabe a aplicação do instituto da detração a fim de reajustamento de regime prisional. Isso porque o referido instituto, em verdade, configura inadequada análise de progressão de regime por juízo incompetente. Com efeito, trata-se de matéria de competência do juízo da execução penal, sobretudo porque o juiz da fase de conhecimento não tem a possibilidade de analisar o comportamento do acusado na prisão, o que constitui elemento subjetivo para a progressão de regime.

Ademais, a modificação de regime apenas com base no requisito objetivo da progressão previsto na LEP, ou ainda, com fundamento exclusivo no art. 33 do CP, implica tratamento desigual para presos em situações idênticas, eis que os demais condenados que possuem o regime analisado pela VEP terão a modificação do regime com base em critérios diversos.

Nesse sentido os seguintes julgados do Tribunal de Justiça deste Estado: (...)

Assim sendo, deixo de aplicar a detração para fins de fixação de regime inicial.

### 3.3 ANÁLISE DE BENEFÍCIOS PENAIIS

Não é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois ausente o requisito previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal, tendo em vista que a pena é superior a quatro anos.

Também não se pode conceder a suspensão condicional da pena, eis que a pena é superior a dois anos, conforme art. 77 do Código Penal.

### **DA PENA APLICADA AO RÉU THIAGO MACHADO LOPES**

Em PRIMEIRA FASE de dosimetria, a culpabilidade do réu é normal para o tipo. Não há elementos que permitam a análise da conduta social e da personalidade. Os motivos, as circunstâncias e as consequências são inerentes ao tipo. O comportamento da vítima não é passível de valoração, pois o crime em espécie tem como sujeito passivo a coletividade. O réu ostenta maus antecedentes, haja vista a anotação de fl.102.

**A natureza da droga - cocaína dividida em 263 (duzentos e sessenta e três) sacolés, prontos para serem vendidos - é circunstância desfavorável, apta a elevar a pena-base. A cocaína gera riscos graves à saúde, em grau maior do que drogas de outra**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### **natureza.**

Diante disso, fixo a pena-base em 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa, à razão do mínimo legal.

Em SEGUNDA FASE de dosimetria, incide, nesta etapa, a atenuante prevista no artigo 65, I do CP, na medida em que o réu era menor de 21 (vinte e um) anos de idade na data dos fatos. Dessa maneira, reduzo a pena em 1/6 (um sexto), que passa a ser de 5 (cinco) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias e 555 (quinhentos e cinquenta e cinco) dias-multa.

Em TERCEIRA FASE de dosimetria, aplica-se a causa de aumento prevista no art. 40, inciso VI, da Lei 11.343/06, razão pela qual aumento a pena na razão de 1/6 (um sexto). O resultado equivale a 6 (seis) anos, 5 (cinco) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão, e 647 (seiscentos e quarenta e sete) dias-multa, estes fixados em 1/30 do salário mínimo vigente na data dos fatos.

### **DO REGIME INICIAL**

**Fixo o regime inicial fechado, com fundamento no art. 33, §3º, do Código Penal, tendo em vista a alta reprovabilidade da conduta em razão da natureza de uma das substâncias entorpecentes apreendidas, qual seja, a cocaína. De fato, a referida substância entorpecente gera riscos graves à saúde, em grau maior do que drogas de outra natureza.**

**Saliente-se que a natureza e quantidade da droga nada mais são do que espécies de circunstâncias do crime, as quais devem ser analisadas para fins de fixação do regime inicial, nos termos do art. 33, §3º, c/c 59, ambos do Código Penal.**

Deixo de aplicar a detração para fins de fixação de regime inicial, conforme já fundamentado em aplicação da pena em relação ao réu Herald.

### **4-ANÁLISE DE BENEFÍCIOS PENAIIS**

Não é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois ausente o requisito previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal, tendo em vista que a pena é superior a quatro anos.

Também não se pode conceder a suspensão condicional da pena, eis que a pena é superior a dois anos, conforme art. 77 do Código Penal.

### **5 - DISPOSITIVO**

Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTE A PRETENSÃO PUNITIVA** para **CONDENAR** o réu HERALD DA SILVA, como incurso no art. 33, caput da Lei 11.343/06, 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, e ao pagamento de 777 (setecentos e setenta e sete) dias-multa, estes fixados em 1/30 do salário mínimo vigente na data dos fatos e THIAGO MACHADO LOPES, como incurso no art. 33, caput da Lei 11.343/06, a 6 (seis) anos, 5 (cinco) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão, DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, e ao pagamento de 647 (seiscentos e quarenta e sete) dias-multa, estes fixados em 1/30 do salário mínimo vigente na data dos fatos

### **6 - PROVIDÊNCIAS FINAIS**

Permanecem presentes os requisitos da prisão preventiva, previstos nos arts. 312 e 313, inciso I do CPP. No caso concreto, a conduta dos réus demonstra alta periculosidade, pela forma profissional de acondicionamento da droga, natureza da substância (cocaína). Além disso, há de se ressaltar a



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

possibilidade da reiteração delitiva, as anotações anteriores pelo crime de tráfico de drogas. Não é demais lembrar que a atividade de tráfico de drogas "está implicitamente revestida de intensa violência e de periculosidade, o que constitui incontestável ameaça à ordem social. Trata-se, inclusive, de delito equiparado a hediondo e a constituição federal impõe maior repressão a infrações dessa natureza" (TJRJ, HC 0013529-62.2015.8.19.0000, 4ª Câmara Criminal, Rel. Des. JOAO ZIRALDO MAIA, J. 05/05/2015).

Por sua vez, o aresto impugnado consignou (fl. 19):

(...)

Como pleito subsidiário pretende a defesa seja fixada a pena no mínimo legal. No entanto agiu com acerto o Magistrado sentenciante, a teor do que preceitua o art. 42 da Lei 11.343/06, considerando a **natureza e quantidade da droga, a saber, 72,5g de cocaína, distribuídos em 263 sacolés**, sendo maior a reprovabilidade da conduta.

Igualmente não merece guarida a aplicação da **causa de diminuição de pena prevista no art. §4º do art. 33 da Lei 11.343/06** em favor do acusado HERALD.

Cabe salientar que tal benesse se destina somente ao traficante episódico. Embora o réu seja tecnicamente primário, os depoimentos das testemunhas de fato corroboram a tese de que o **réu se dedicava rotineiramente ao tráfico**, indicando que os apelantes não eram traficantes de "primeira viagem".

Ainda que assim não fosse, não há dúvida de que havia uma associação ao menos eventual, que aliado às demais circunstâncias, impedem seja aplicado o redutor pretendido.

**A valoração negativa da quantidade e natureza do entorpecente, aliada às circunstâncias apontadas constitui fator suficiente para a determinação do regime de cumprimento da pena mais gravoso**, justificando seja encetada a execução no regime fechado.

À conta de tais considerações, voto no sentido de REJEITAR A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO AOS RECURSOS.

A primeira insurgência autoral traduz-se na ocorrência de violação ao princípio da *non reformatio in pejus*, sob o argumento de que o Sodalício estadual teria inovado ao utilizar a quantidade da substância entorpecente apreendida a fim de manter a majoração das penas-base dos pacientes.

Cumprе esclarecer que me filio ao posicionamento de que não é dado ao Tribunal, em recurso exclusivo do réu, reexaminar as circunstâncias judiciais, eis que a referida prática violaria o princípio do *ne reformatio in pejus*. Isso porque a Corte estadual deveria, tão somente, apreciar a legalidade dos fundamentos da sentença e não criar nova análise que possa trazer prejuízo à situação do condenado.

Nesta senda, em recurso exclusivamente defensivo, não seria possível ao Tribunal modificar o entendimento do Juízo singular em prejuízo do réu, ainda que o resultado



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

final não seja mais gravoso que o prolatado em primeiro grau de jurisdição.

Entretanto, considerando os recentes julgados da Sexta Turma, nos quais fiquei vencida, juntamente com o Ministro Sebastião Reis Júnior, penso ser o caso de ressaltar o meu entendimento, tendo em vista, inclusive, o julgamento do HC n.º 304.886/SP, ocorrido na sessão de 24.2.2015. Eis o teor da ementa:

*HABEAS CORPUS. ROUBO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. REGIME INICIAL FECHADO. DADOS FÁTICOS CONCRETOS. MODO MAIS BRANDO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO. FUNDAMENTOS NOVOS. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

1. Para a escolha do regime prisional, devem ser observadas as diretrizes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal, além dos dados fáticos da conduta delitiva que, se demonstrarem a gravidade concreta do crime, poderão ser invocados pelo julgador para a imposição de regime mais gravoso do que o permitido pelo *quantum* da pena.

2. Não há ilegalidade na fixação do regime inicial fechado quando apontados dados fáticos suficientes a indicar a gravidade concreta do crime – **na espécie, o emprego de arma de fogo, que gerou temor na vítima, e o disparo efetuado pelo comparsa** –, ainda que o agente seja primário e o *quantum* da pena seja inferior a oito anos (art. 33, § 3º, do CP).

3. A proibição de reforma para pior garante ao recorrente, na espécie ora versada, o direito de não ter sua situação agravada, direta ou indiretamente. **Não obsta, entretanto, que o tribunal, para dizer o direito** – exercendo, portanto, sua soberana função de *juris dictio* – encontre motivação própria, respeitada, insisto, a imputação deduzida pelo órgão de acusação, a extensão cognitiva da sentença impugnada e os limites da pena imposta no juízo de origem.

4. Não há que se invalidar o julgamento de apelação em que o tribunal – no exercício de sua jurisdição, obrigado, por imposição constitucional, a indicar as razões de sua convicção (art. 93, IX, da C.R.), e no âmbito da devolutividade plena inerente ao recurso em apelo – melhor explicita as circunstâncias judiciais reconhecidas de modo mais sucinto na sentença impugnada exclusivamente pela defesa, respeitados o limite da pena fixada em primeiro grau e o espectro fático-jurídico sobre o qual se assentou a decisão recorrida, para, ao final, manter o regime fechado para início do cumprimento da pena.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

No mesmo sentido decidiu a Sexta Turma nos autos do HC n.º 254.070/SP e do HC n.º 275.110/SP, ambos de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz.

Desse modo, embora ainda comungue da compreensão inicialmente explanada, curvo-me ao recente entendimento do Colegiado.

Nessa esteira de inteligência, entende-se que o efeito devolutivo da apelação autoriza a Corte estadual, quando instada a se manifestar sobre a dosimetria, a examinar as circunstâncias judiciais e rever todos os aspectos da individualização da pena deliberados no



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

édito condenatório, seja para manter ou reduzir a sanção imposta em primeira instância.

Dessarte, considera-se possível nova ponderação dos fatos e circunstâncias em que se deu a conduta criminosa pelo Tribunal *a quo*, mesmo tratando-se de recurso exclusivamente defensivo, sem que se incorra em *reformatio in pejus*, desde que não seja agravada a situação dos réus, tal como no caso em testilha.

Na espécie, para majorar as penas-base dos pacientes, a Corte de origem utilizou não apenas a natureza da substância entorpecente apreendida, como também a respectiva quantidade - 72,5g de cocaína, distribuídos em 263 sacolés (fl. 19) -, a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/06.

O indigitado dispositivo legal determina que *"o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente"*.

Nesse passo, tratando-se dos crimes previstos na Lei de Drogas, a quantidade e a natureza das substâncias entorpecentes são fatores que preponderam sobre as circunstâncias judiciais do art. 59 do *Codex*, haja vista que, quanto maior o volume e quanto mais deletérios os efeitos da droga, maior será a probabilidade de lesão ao bem jurídico tutelado, qual seja, a saúde pública.

Nesta esteira de inteligência, levando-se em consideração a quantidade e a natureza das drogas apreendidas, o Colegiado estadual entendeu ser imperiosa uma resposta penal mais efetiva, restando plenamente justificada a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não sendo, portanto, desarrazoado o patamar fixado na espécie. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA POR VÍDEO CONFERÊNCIA. PRINCÍPIO DA PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO SOFRIDO. VIDEOCONFERÊNCIA REALIZADA APÓS A VIGÊNCIA DA LEI N. 11.900/2009. MEDIDA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. LEGALIDADE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DA MINORANTE FUNDAMENTADA NA EXPRESSIVA QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE ENCONTRADA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. FIXAÇÃO DE REGIME MENOS GRAVOSO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA. DESCABIMENTO. OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 33 DO CÓDIGO PENAL E 42 DA LEI ANTIDROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 44, I DO CÓDIGO PENAL.

I - Acompanhando o entendimento firmado pela 1ª Turma do Supremo





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus n. 109.956, de relatoria do Excelentíssimo Ministro Marco Aurélio, a 5ª Turma deste Superior Tribunal de Justiça passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir o uso do writ como substitutivo de recurso ordinário, previsto nos arts. 105, II, a, da Constituição da República e 30 da Lei n. 8.038/1990, sob pena de frustrar a celeridade e desvirtuar a essência desse instrumento constitucional.

II - O entendimento desta Corte evoluiu para não mais se admitir o manejo do habeas corpus em substituição ao recurso próprio, bem assim como sucedâneo de revisão criminal. Precedentes.

III - Segundo a legislação penal em vigor, revela-se imprescindível, quando alegada a nulidade de ato processual, a demonstração do prejuízo sofrido, em consonância com o princípio da *pas de nullité sans grief*, consagrado no art. 563, do Código de Processo Penal. Precedentes.

**IV - Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, na graduação da pena-base, a natureza e a quantidade da droga apreendida na posse do Acusado, são preponderantes às circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do Código Penal, não configurando ilegalidade seu arbitramento acima do mínimo legal, ainda que primário e com bons antecedentes. Precedentes.**

V - Revela-se acertada a consideração da quantidade e natureza da droga apreendida - 13,9 kg (treze quilos e novecentos gramas) de cocaína -, para fins de aferição do percentual da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas. Precedentes.

VI - Na hipótese de tráfico privilegiado, não enseja *bis in idem* a valoração da natureza e quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base acima do mínimo legal, quanto tendente a impossibilitar a aplicação do redutor (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), em seu grau máximo. Precedentes.

VII - Não se configura flagrante ilegalidade a fixação do regime inicial fechado para cumprimento da reprimenda, bem como a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante da quantidade e natureza do entorpecente apreendido em poder do Paciente. Precedentes.

VIII - A decisão agravada não merece reparos, porquanto proferida em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior.

IX - Agravo Regimental improvido.

(AgRg no HC 222.037/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, QUINTA TURMA, julgado em 08/04/2014, DJe 14/04/2014)

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. DECISÃO SINGULAR PROFERIDA POR RELATOR. NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO REMÉDIO HERÓICO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO.

(...)

PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA ENCONTRADA. MAJORAÇÃO DEVIDA. ART. 42 DA LEI 11.343/06.

**1. Conforme a remansosa jurisprudência deste Tribunal Superior, o montante de entorpecente apreendido, nos termos do que dispõe o art. 42 da Lei n. 11.343/06, prepondera sobre as circunstâncias**





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**judiciais, sendo devido o aumento implementado na primeira fase da dosimetria da pena, ainda que favoráveis todas as balizas previstas no art. 59 do CP.**

CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI ANTITÓXICOS. RÉU REINCIDENTE. IMPOSSIBILIDADE.

1. "São condições para que o condenado faça jus à causa de diminuição de pena prevista no § 4.º, do artigo 33, da Lei n.º 11.343/06: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Tais requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente; à míngua de qualquer uma dessas condições - como no caso, em que o Paciente é reincidente -, não é legítimo reclamar a aplicação da minorante." (HC 206.674/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 14/05/2013, DJe 21/05/2013) 2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC 222.544/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/02/2014, DJe 12/02/2014)

**No que toca à aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06 em relação ao réu Herald, melhor sorte não assiste à Defesa.**

Na espécie, verifica-se que as instâncias de origem, com arrimo nos fatos da causa, afastaram a incidência da causa especial de redução de pena à espécie por entenderem que o paciente se dedicava às atividades criminosas.

Dessarte, afigura-se inviável a aplicação do aludido redutor, uma vez que tal conclusão não pode ser revista sem o necessário revolvimento no acervo fático-probatório, o que não se admite em sede de *habeas corpus*, via angusta por excelência.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

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

**2. No caso vertente, não obstante a paciente seja primária e possuidora de bons antecedentes, o juiz sentenciante afastou a aplicação da causa especial de diminuição de pena com base nas circunstâncias do caso concreto, as quais o levaram a acreditar que ela se dedicava a atividades delituosas, notadamente ao cometimento do narcotráfico.**

**3. Para se afastar a conclusão das instâncias ordinárias, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência essa que, como cediço, é**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### **vedada na via estreita do habeas corpus.**

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 291.540/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/08/2014, DJe 26/08/2014)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (...) CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS E INTEGRAVA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. (...)

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

(...)

**3. Concluído pelas instâncias ordinárias, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava às atividades criminosas e integrava organização criminosa denominada Comando Vermelho, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.**

(...)

8. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, somente em relação ao paciente JEFERSON ARILSON DA SILVA PASSOS, para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena.

(HC 261.282/RJ, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2014, DJe 09/04/2014)

Do Supremo Tribunal Federal, colho os seguintes julgados:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES (ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, I, DA LEI 11.343/2006). CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. AFASTAMENTO PELO JUÍZO SENTENCIANTE E PELO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. ANÁLISE DA DEDICAÇÃO DO PACIENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA OU DE SER INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. NECESSIDADE DO REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. (...)

(...)



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. A causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da lei 11.343/06 está condicionada ao preenchimento, cumulativo, dos requisitos legais: primariedade, bons antecedentes e agente que não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

**4. A análise da dedicação, ou não, do agente com atividade criminosa demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via do habeas corpus. Precedentes: RHC 105.150, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 04.05.12; HC 101.265, Segunda Turma, Red. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, DJe de 06.08.12; RHC 107.860, Primeira Turma, Rel. a Min. Rosa Weber, DJe de 25.09.12.**

5. A conduta social do réu, o concurso de agentes, a quantidade e a natureza do entorpecente, os apetrechos utilizados e as circunstâncias em que a droga foi apreendida podem constituir o amparo probatório para o magistrado reconhecer a dedicação do réu à atividade criminosa. Precedentes: RHC 94.806/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 16/04/2010; HC 116.541/ES, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 6/6/2013; HC 98.366/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 5/2/2010.

(...)

9. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido. Ordem concedida, de ofício, para determinar ao Juízo processante ou, se for o caso, ao Juízo da execução penal, que, afastado o óbice constante do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, verifique se o paciente preenche, ou não, os requisitos necessários à fixação do regime diverso de fechado.

(RHC 121092, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2014, DJe-088 DIVULG 09-05-2014 PUBLIC 12-05-2014)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. INCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO STJ. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRECEDENTES. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA, MAS DENEGADA.

1. A não aplicação da causa de diminuição da pena do § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06 pressupõe a demonstração pelo juízo sentenciante da existência de um conjunto probatório apto a afastar a configuração de alguma das hipóteses descritas no preceito legal (a) primariedade; (b) bons antecedentes; (c) não dedicação a atividades criminosas; e (d) não integração à organização criminosa.

**2. No caso, as instâncias ordinárias concluíram, com base nos elementos de provas colhidos sob o crivo do contraditório, que o paciente se dedicaria à atividades criminosas, em especial à prática do crime de tráfico de drogas. Nesse contexto, revela-se inviável a utilização do habeas corpus para o revolvimento do conjunto fático-probatório, a fim de reexaminar o que decidido pelas instâncias ordinárias.**

3. O acórdão impugnado não apreciou os fundamentos invocados na impetração no que concerne ao regime inicial de cumprimento da pena. Desse modo, qualquer juízo desta Corte sobre a matéria implicaria indevida



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

supressão de instância e contrariedade à repartição constitucional de competências. Precedentes.

4. Ordem parcialmente conhecida, mas denegada.

(HC 111607, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/10/2013, DJe-205 DIVULG 15-10-2013 PUBLIC 16-10-2013)

**Por fim, no que tange ao regime inicial de cumprimento de pena,** verifica-se que o regime fechado foi devidamente fundamentado, de modo que não há falar em constrangimento ilegal.

Com efeito, o Sodalício Estadual, ao analisar o tema, manteve o regime inicial fechado destacando a natureza e a quantidade da substância entorpecente apreendida - 72,5g de cocaína, distribuídos em 263 sacolés.

É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/06, no sentido de que o juiz *"na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente"*.

Nesse diapasão, o Tribunal *a quo* entendeu ser necessária uma resposta penal mais efetiva, como forma de retribuição proporcional à gravidade da conduta, porquanto as circunstâncias do caso em testilha demonstram que regime inicial mais brando não seria suficiente para a reprovação e a prevenção do delito em comento.

Assim, devidamente fundamentada a fixação do regime inicial fechado, com base em dados concretos constantes dos autos, não há ilegalidade a ser sanada. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NÃO CONHECIMENTO.

1. 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, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

**2. Fixado o regime inicial fechado, não só com base na hediondez do delito, mas em razão das circunstâncias do caso concreto, as quais, inclusive, justificaram a negativa de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 - longa associação e grande quantidade de drogas apreendidas (1950 comprimidos de ecstasy) -, não há constrangimento ilegal a ser sanado.**

2. Habeas corpus não conhecido.

(HC 319.291/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/05/2015, DJe 29/05/2015)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ESPECIAL. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM ORIENTAÇÃO ADOTADA PELO PRETÓRIO EXCELSO. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/1990 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ART. 33 DO CP E 42 DA LEI N. 11.343/2006. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. REGIME FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Precedentes: HC 109.956/PR, Rel.

Min. Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012, e HC 104.045/RJ, Rel. Min.

Rosa Weber, DJe de 6.9.2012, dentre outros.

- O Superior Tribunal de Justiça, na esteira desse entendimento, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa toada, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício. A propósito: HC 221.200/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 19.9.2012.

- A obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crime hediondo e os a ele equiparados foi declarada inconstitucional pelo c. Pretório Excelso, em 27.6.2012, por ocasião do julgamento do HC 111.840/ES. Assim, a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal, bem como do art. 42 da Lei 11.343/2006, quando se tratar de delitos previstos nessa Lei.

**- No caso, apesar de a pena ter sido fixada em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, a gravidade concreta do delito, evidenciada pelas circunstâncias em que ocorreu (posse de variada e expressiva quantidade de entorpecentes 19 cápsulas de cocaína e 36 papérolas de maconha), justifica a imposição do regime inicial fechado, bem como inviabiliza a substituição da pena por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, III, do CP.**

Habeas corpus não conhecido.

(HC 240.443/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 19/03/2013, DJe 22/03/2013)

Ademais, é assente neste Tribunal Superior que para os casos em que o agente tenha sido condenado a pena superior a quatro e inferior a 8 anos de reclusão (*in casu*, 4 anos e 8 meses de reclusão) e presentes circunstâncias judiciais desfavoráveis idôneas à elevação da pena-base acima do mínimo legal, aplica-se o regime fechado para o início de cumprimento da pena, em observância ao artigo 33, parágrafos 2º e 3º, do Código Penal. Confirmam-se, neste sentido, os seguintes arestos:



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ARTS. 312, § 1.º, 61, II, 'G' E 62, I E IV, POR VINTE E QUATRO VEZES, NA FORMA DO ART. 71, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA. PENA APLICADA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. PENA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REGIME INICIAL FECHADO. ADEQUAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO.

1. [...]

3. Nos termos do artigo 33 do Código Penal, fixada a pena em patamar superior a 4 anos de reclusão, a estipulação do regime inicial fechado é apropriada, eis que existe circunstância judicial desfavorável, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal.

4. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 309.403/SP, minha relatoria, SEXTA TURMA, DJe 25/02/2015)

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL E PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA DE DELIMITAÇÃO DA CONTROVÉRSIA. SÚMULAS 356 E 284/STF. FAVORECIMENTO DA PROSTITUIÇÃO (ART. 228 DO CP). CONFIGURAÇÃO DO DELITO. PONTO EM QUE VOTOU VENCIDO O RELATOR. ESTUPRO. FALTA DE JUSTA CAUSA. INEXISTÊNCIA. REEXAME DE PROVA. DESCABIMENTO. SÚMULA 7/STJ. MAUS ANTECEDENTES. UTILIZAÇÃO DE PROCESSOS EM CURSO OU ARQUIVADOS SEM CONDENAÇÃO. DESCABIMENTO. SÚMULA 444/STJ. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CRIME COMETIDO ANTES DA LEI N. 12.015/2009. CARÁTER HEDIONDO AFASTADO. INAPLICABILIDADE DA LEI N. 11.464/2007. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME FECHADO. MANUTENÇÃO.

1. [...]

**10. Existindo circunstância judicial negativa lastreada em fundamentação idônea (culpabilidade), a qual mantém a pena-base acima do mínimo legal, não há ilegalidade na manutenção do regime inicial fechado.**

11. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, parcialmente provido para afastar o caráter hediondo do crime de estupro e a valoração negativa dos antecedentes, ficando a pena reduzida, quanto a esse delito, a 6 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado. Mantida a condenação do paciente pela prática do crime de favorecimento à prostituição - ponto em que ficou vencido o Relator.

(REsp .319.629/AC, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 17/09/2012)

*HABEAS CORPUS* [...]. 5. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/1990. HC Nº 111.840/ES - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PARÂMETROS DO ART. 33, §§ 2º E 3º, C/C O ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. PENA MANTIDA EM 8 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. INVIABILIDADE DE REGIME DIVERSO DO FECHADO. 6. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. [...]





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Nada obstante o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 111.840/ES, ter reconhecido a inconstitucionalidade do regime inicialmente fechado para os crimes hediondos e equiparados, verifica-se correta a manutenção do regime mais gravoso, com fundamento no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, haja vista a existência de circunstâncias judiciais negativas.

6. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 228.678/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe 25/04/2013)

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

É como voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0281460-4

**HC 376.213 / RJ**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01328586520158190001 1328586520158190001

EM MESA

JULGADO: 17/11/2016

#### **Relatora**

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ANA BORGES COELHO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

#### **AUTUAÇÃO**

|            |                                                   |
|------------|---------------------------------------------------|
| IMPETRANTE | : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  |
| ADVOGADO   | : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  |
| IMPETRADO  | : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO |
| PACIENTE   | : HERALD DA SILVA (PRESO)                         |
| PACIENTE   | : THIAGO MACHADO LOPES (PRESO)                    |

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

#### **CERTIDÃO**

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

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.