



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 335.780 - SP (2015/0228483-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JÚLIA APARECIDA ROMÃO DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEONARDO DE MENESES (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À SANÇÃO CORPORAL TOTAL DE 6 ANOS DE RECLUSÃO. QUANTIDADE CONSIDERÁVEL DA DROGA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA LEI N. 11.434/2006. NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. IMPOSSIBILIDADE. PENA QUE NÃO ATENDE AO REQUISITO OBJETIVO DO ART. 44, I, DO CP. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. REGIME FECHADO MANTIDO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE ENSEJAM A NECESSIDADE DO REGIME MAIS GRAVOSO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

– Consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, na fixação da pena do crime de tráfico de drogas, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente. No caso, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da quantidade do entorpecente apreendido (626,7g de maconha e 2,2g de haxixe), não havendo qualquer constrangimento ilegal a ser sanado.

– Inexiste ilegalidade na não aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação do paciente à atividade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminosa, que ficou evidenciada pelas circunstâncias em que ocorreram o delito. Alterar tal entendimento importa revolvimento fático-probatório, inviável em sede de *habeas corpus*.

– Consigne-se que, mantidos a pena-base e o não reconhecimento do tráfico privilegiado e, em decorrência, inalterada a pena corporal, fica prejudicado o pleito de substituição da pena, uma vez que o patamar de 6 anos de reclusão 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 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 440/STJ e 718/STF.

– Há de ser afastado o fundamento da hediondez do delito na fixação do regime fechado. Contudo, no caso, considerando-se que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em 6 anos de reclusão, 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.

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), 24 de maio de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 335.780 - SP (2015/0228483-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JÚLIA APARECIDA ROMÃO DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEONARDO DE MENESES (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de LEONARDO DE MENESES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0033518-40.2014.8.26.0050).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 6 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 600 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006 (fls. 20/25).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, ao qual foi negado provimento, consoante acórdão acostado às fls. 29/35. Os embargos de declaração então opostos pela defesa foram rejeitados (fls. 38/42).

No presente *mandamus* (fls. 1/13), a impetrante aduz que o acórdão impugnado impôs ao paciente constrangimento ilegal, pois manteve sentença que: *a)* exasperou a pena-base sem fundamentação idônea; e *b)* deixou de aplicar o redutor do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. E, no caso de redução da pena, defende possível a fixação do regime aberto ou semiaberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Ao final, liminarmente e no mérito, pede o redimensionamento da pena do paciente mediante a redução da pena-base ao mínimo legal e a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 em seu patamar máximo, além da fixação do regime inicial aberto ou semiaberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Pedido liminar indeferido (fls. 45/46).

Informações prestadas às fls. 55/80.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela concessão *ex officio* da ordem, para que seja aplicado, na sua fração máxima, o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, estabelecido o regime inicial aberto e promovida a substituição da pena corporal por medidas restritivas de direitos (fls. 85/93).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 335.780 - SP (2015/0228483-0)

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 a impetrante não tenha 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 é cediço, 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.

Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre *in casu*, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, *in verbis*:

Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

No caso, o sentenciante fixou a pena-base em 6 anos de reclusão mais o pagamento de 600 dias-multa, penas estas tornadas definitivas, pois ausentes atenuantes e agravantes e causas de aumento e de diminuição da pena. Por oportuno, transcrevo a fundamentação do *decisum* (fls. 24/25):

Para fixação da pena inicial a ser imposta, nos termos do artigo 42 da Lei 11.343/06 deve ser considerada a natureza da droga, bem como sua quantidade. O acusado tinha consigo grande quantidade de maconha, mais de seiscentos gramas, além de haxixe, em pequena quantidade.

Desta forma, fixo a pena inicial em 06 anos de reclusão, com pagamento de 600 dias-multa.

Não é cabível, para o caso, qualquer redução da pena (artigo 33, parágrafo quarto), pois evidenciado de forma cabal pertencer o acusado a estrutura de organização criminosa, integrando-a e dedicando-se a atividades ilícitas penais.

O Tribunal de origem, ao julgar o apelo defensivo, manteve íntegra a sentença, tendo o voto condutor do acórdão recorrido, quanto à dosimetria da pena, destacado que (fls. 33/34):

Verifico que a pena-base aplicada ao apelante foi fixada acima do mínimo legal, ou seja, em 6 anos de reclusão, mais o pagamento de 600 dias-multa, no piso, porquanto o Juiz sentenciante especificou os motivos pelo qual resolveu exacerbar-la, obedecendo aos ditames do artigo 59 do Estatuto Repressivo e 42 da Lei de Drogas. Assim, a pena básica não poderia ser fixada no mínimo legal.

De outra parte, é incabível a concessão do benefício previsto no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06 (...).

Nos termos do referido dispositivo legal, o julgador poderá reduzir a pena fixada ao agente - de um sexto a dois terços - desde que este seja primário, não possua antecedentes criminais, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

Cuida-se, pois, de faculdade que o julgador usará ou não, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto, e não direito subjetivo do acusado. E, na hipótese vertente, tendo em vista, a quantidade da droga encontrada com o acusado, fica claro que LEONARDO possui sério envolvimento com a máquina criminosa que movimenta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o comércio ilícito de entorpecentes.

Pela leitura da sentença e do acórdão recorridos acima transcritos, observa-se que a pena-base afastou-se do mínimo legal com base na quantidade elevada das drogas apreendidas (115 invólucros de maconha, pesando 626,7g e 4 invólucros de haxixe, totalizando 2,2g), não havendo qualquer ilegalidade a ser sanada, pois o acréscimo de 1 ano à pena-base encontra-se proporcional, devendo ser mantido em respeito à discricionariedade do julgador.

Sobre a possibilidade de a quantidade da droga justificar a exasperação da pena-base, destaco:.

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. CONSIDERAÇÕES VAGAS. FUNDAMENTO INVÁLIDO. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIAS PREPONDERANTES. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MANIFESTA ILEGALIDADE EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

3. A reprimenda inicial deve ser mantida acima do mínimo legal, em dois anos de reclusão, diante da consideração desfavorável das circunstâncias do delito, na medida em que ressaltada a natureza, a variada e a expressiva quantidade de droga apreendida (497g de crack, 297g de cocaína e 41g de maconha), sobretudo quando tais dados foram elencados como preponderantes, a teor do disposto no art. 42 da Lei de Drogas. Precedentes.

(...)

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para estabelecer a pena definitiva dos pacientes em 8 (oito) anos de reclusão mais 400 (quatrocentos) dias-multa. (HC 307.320/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 29/04/2016) - grifei.

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PROGRESSÃO DE REGIME. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CORTE DE ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Não há falar em ilegalidade na dosimetria do paciente, haja vista que o único acréscimo à pena deu-se primeira fase da dosimetria, em razão da quantidade da substância entorpecente apreendida - 429,9 g de crack. Com efeito, é legítima a exasperação da reprimenda em razão da quantidade e da natureza da droga, a teor do disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, que 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".

(...)

3. Habeas corpus não conhecido. (HC 346.968/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 22/04/2016) - grifei.

Por outro lado, observa-se que houve fundamentação concreta quando do não reconhecimento do tráfico privilegiado, consubstanciada na conclusão de que o paciente dedica-se à atividade criminosa, ante a quantidade da droga apreendida (626,7g de maconha e 2,2g de haxixe) e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito, elementos aptos a justificar o afastamento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS. NÃO PREENCHIMENTO. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO.

1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa.

2. No caso, mostra-se inviável a aplicação da referida causa especial de diminuição, haja vista ter sido destacado pelo Tribunal a quo o envolvimento dos pacientes com a prática de atividades ilícitas, demonstrado especialmente pela expressiva quantidade de entorpecente apreendido - 403 invólucros plásticos contendo "maconha" e um tijolo da mesma substância, totalizando peso líquido de 1.157,5 gramas.

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. *Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 275.627/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016) - grifei.*

Por oportuno, embora não suscitado pela defesa, mas destacado pelo Ministério Público Federal, ressalte-se que a quantidade da droga apreendida, embora utilizada na primeira fase para justificar o afastamento da pena-base do mínimo legal, não foi usada para definir o patamar da fração redutora pela incidência da minorante, mas, sim, como fator impeditivo de reconhecimento do tráfico privilegiado, incorrendo, assim, o vedado *bis in idem*.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE POR AFRONTA AO DEVIDO PROCESSO PENAL. INEXISTÊNCIA. QUANTIDADE DE DROGA. VALORAÇÃO PARA FIXAÇÃO DA PENA-BASE E PARA AFASTAMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA.

(...)

4. A benesse do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 tem como finalidade punir com menor rigor o traficante não habitual, isto é, o indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida, de modo que, para fazer jus àquele benefício, o agente deve preencher os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa.

5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, reafirmou a tese de que caracteriza *bis in idem* a valoração da natureza e da quantidade da droga na dosimetria do delito de tráfico de entorpecentes tanto na primeira quanto na terceira fase do cálculo da pena (ARE n. 666.334 RG/AM, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 6/5/2014).

6. Quando a expressiva quantidade de droga encontrada em poder do paciente é considerada para exasperar a pena-base e afastar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 - por denotar que o réu se dedicava às atividades criminosas - não significa tenha havido *bis in idem* na dosimetria da pena, porquanto o paradigma pretoriano preocupou-se em evitar a dupla valoração da quantidade de entorpecentes na exasperação da pena-base e no dimensionamento, na modulação ou na definição do patamar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

daquela causa de diminuição, situação aqui não verificada, já que tal circunstância não serviu para dosar o quantum de incidência da minorante, mas para deixar de reconhecer a figura do tráfico privilegiado.

7. Na hipótese, a vultosa quantidade de droga encontrada (mais de 10kg de cocaína), acondicionada em veículo conduzido pelo paciente, demonstra sua dedicação às atividades criminosas e justifica o afastamento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, enfraquecendo a alegação de ocorrência de *bis in idem*. Precedentes do STF.

8. Writ não conhecido. (HC 211.004/MT, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 19/10/2015) - (grifei).

Portanto, em razão das circunstâncias fáticas colhidas nos autos, as instâncias ordinárias concluíram que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, o que afasta a figura do tráfico privilegiado, de modo que modificar tal entendimento importa em revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do *habeas corpus*.

A propósito:

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. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. OBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 3º, DO CP. 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, fundamentadamente, não foi aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, à vista de elementos concretos que indicaram a dedicação do acusado à atividade criminosa do tráfico.

3. Para acolher a tese defensiva de que o acusado não se dedica a atividades criminosas, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência vedada na via estreita do *habeas corpus*.

4. À vista da pena final aplicada (5 anos de reclusão) e da quantidade e natureza das drogas, revela-se correta a fixação do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime inicial fechado, a teor do art. 33, § 3º, do CP, pois a escolha do regime de cumprimento da pena deu-se com observância dos critérios legais, previstos no art. 42 da Lei de Drogas.

5. *Ordem não conhecida.* (HC 316.802/SP, Rel. ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe 2/6/2015) – (grifei).

Consigne-se que, mantidos a pena-base e o não reconhecimento do tráfico privilegiado e, em decorrência, inalterada a pena corporal, fica prejudicado o pleito de substituição da pena, uma vez que o patamar de 6 anos de reclusão não atende ao requisito objetivo do art. 44, I, do Código Penal.

Quanto ao regime, o sentenciante fixou o fechado com base no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 (fl. 25). O Tribunal de origem, por sua vez, manteve o regime fechado com lastro na seguinte fundamentação (fl. 35):

Finalmente, era mesmo de rigor a fixação do regime inicial fechado para o desconto da pena carcerária, a teor do que dispõe o artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/90, com a nova redação dada pela Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007.

Como é cediço, 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.

Assim, entendo que as referências feitas, na sentença e no acórdão recorridos, à hediondez do delito devem ser afastadas como fundamento utilizado para o estabelecimento do regime mais gravoso pelas instâncias ordinárias.

Por outro lado, destaque-se que o regime de cumprimento de pena mais gravoso até pode ser estabelecido, mas, para tanto, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, deve ser mantido o regime fechado, pois, presente circunstância judicial desfavorável, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal (6 anos de reclusão), em razão da quantidade elevada da droga apreendida, há elemento concreto 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.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. CONSIDERAÇÕES VAGAS. FUNDAMENTO INVÁLIDO. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIAS PREPONDERANTES. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MANIFESTA ILEGALIDADE EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

3. A reprimenda inicial deve ser mantida acima do mínimo legal, em dois anos de reclusão, diante da consideração desfavorável das circunstâncias do delito, na medida em que ressaltada a natureza, a variada e a expressiva quantidade de droga apreendida (497g de crack, 297g de cocaína e 41g de maconha), sobretudo quando tais dados foram elencados como preponderantes, a teor do disposto no art. 42 da Lei de Drogas. Precedentes.

4. Embora os pacientes sejam primários e as penas tenham sido redimensionadas para 8 (oito) anos de reclusão, neste writ, o regime inicial mais gravoso (fechado) permanece inalterado, tendo em vista a valoração negativa das circunstâncias judiciais (art. 33 do CP c/c o art. 42 da Lei de Drogas).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para estabelecer a pena definitiva dos pacientes em 8 (oito) anos de reclusão mais 400 (quatrocentos) dias-multa. (HC 307.320/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 29/04/2016) - grifei.

Ante o exposto, inexistindo constrangimento ilegal a ser reconhecido de ofício por esta Corte Superior de Justiça, **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: 2015/0228483-0

HC 335.780 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0033518402014 00335184020148260050 33518402014 335184020148260050

EM MESA

JULGADO: 24/05/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSE ADONIS CALLOU DE ARAUJO SA**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JÚLIA APARECIDA ROMÃO DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEONARDO DE MENESES (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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.