



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 423.992 - SP (2017/0289464-3)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : VANESSA ALVES VIEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GECIELE APARECIDA DOS SANTOS

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA PELA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO REDUTORA. REGIME INICIAL ABERTO. DESCABIMENTO CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, “*o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita*” (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves**, DJU de 11/4/2005).

III - Para a fixação do percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, o magistrado deve levar em consideração as circunstâncias do caso, **especialmente a natureza e a quantidade da droga apreendida**, bem como as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, ante a ausência de indicação das balizas pelo legislador para a definição do **quantum** de diminuição.

IV - O eg. Tribunal de origem estabeleceu a fração de 1/6 (um sexto) fixada para a causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, aduzindo que a fração esta justificada, especialmente, em razão da natureza e quantidade da droga apreendida, ou seja, **500g de crack**, inexistindo flagrante ilegalidade ou desproporcionalidade na fração escolhida a ensejar a concessão da ordem de ofício.

V - **Na hipótese**, a natureza e a quantidade de entorpecente foi considerada na terceira fase da dosimetria da pena para impedir a incidência da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, em seu grau máximo. Logo, sendo tal circunstância



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desfavorável, impede a fixação do regime diverso do **semiaberto**, nos termos do **art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, do art. 42 da Lei n. 11.343/06**, uma vez que a pena estabelecida é superior a 4 (quatro) anos.

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 12 de dezembro de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 423.992 - SP (2017/0289464-3)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : VANESSA ALVES VIEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GECIELE APARECIDA DOS SANTOS

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública estadual em benefício de GRACIELE APARECIDA DOS SANTOS, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado do Estado de São Paulo**, nos autos n. 0000329-28.2015.8.26.0635.

Depreende-se dos autos que a paciente foi condenada, em primeira instância, às penas de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/06 (fls. 11-16).

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso para reconhecer a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, fixando a reprimenda em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime semiaberto, mais pagamento de 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, conforme o v. acórdão assim ementado:

"TRÁFICO. Apelantes surpreendidos transportando meio quilo de crack. Apelos que pretendem a absolvição. Impossibilidade. Autoria e materialidade bem comprovadas. Casal surpreendido transportando grande quantidade de entorpecentes que alega apenas estar sendo acusado injustamente pela polícia. Localização de uma peça grande de crack. Condenação anterior de ambos por idêntico delito. Negativas isoladas. Condenação acertada. Aplicação do redutor possibilitada pela antiguidade do único registro criminal, ainda que pelo mesmo crime. Redução na fração mínima, em razão da natureza, quantidade e destinação da droga. Regime inicial intermediário necessário. Quantum incompatível com a substituição pretendida. Apelo provido em parte para reduzir as penas a 4 anos e 2 meses de reclusão, mais 416 dias-multa, fixado regime inicial intermediário" (fl. 32).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Daí o presente **writ**, no qual alega a impetrante, em síntese, que o paciente faria **jus** à fração máxima da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, com conseguinte alteração do regime de pena.

Para tanto, sustenta, que *"Não se pode, assim, fundamentar a redução inferior ao máximo no fato de ser "crack" a substância apreendida, em razão de uma suposta maior gravidade da conduta"* (fl. 3).

Nesse sentido, afirma que *"[...] muito embora o artigo 42 da Lei de Drogas estabeleça como critério para a dosagem da pena a natureza e a quantidade de entorpecentes apreendidos, é impossível a aplicação de tal norma, na medida em que é difícil avaliar qual quantidade e quais tipos de drogas seriam suficientes para justificar a aplicação da causa de diminuição abaixo do máximo estabelecido em lei"* (fl. 3).

Menciona, também, que *"[...] a paciente é PRIMÁRIA, possui bons antecedentes, não integra organização criminosa e nem se dedica a atividades criminosas, faz e jus à causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, parágrafo 4º da Lei nº 11.343/2006, a qual deverá ser aplicada em seu patamar máximo"* (fl. 4).

Assevera, ademais, que *"[...] sendo a paciente PRIMÁRIA, portadora de bons antecedentes, e tendo sido condenada, como se espera, a uma pena inferior a quatro anos, faz jus, ao regime inicial ABERTO, nos termos do que dispõe o artigo 33, § 2º, alínea c, do Código Penal"* (fl. 5).

Requer, ao final, a concessão da ordem para seja aplicada a fração máxima de 2/3 (dois terços) pela incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, com consequente fixação do regime aberto para resgate da reprimenda.

Pedido liminar **indeferido** às fls. 22-23.

Informações prestadas às fls. 29-39.

O Ministério Público Federal, às fls. 41-44, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ** ou, se conhecido, pela denegação da ordem. Eis a ementa do parecer:

**"PENAL E PROCESSO PENAL . TRÁFICO DE DROGAS .
CONDENAÇÃO. APELAÇÃO DA DEFESA PARCIALMENTE PROVIDA.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO . HABEAS CORPUS .

INVIABILIDADE DE MANEJO DO WRIT COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DESSA CORTE E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .

PLEITO DE RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006 NO PATAMAR MÁXIMO . INVIABILIDADE EM RAZÃO DA QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS .

MANIFESTAÇÃO PELO NÃO CONHECIMENTO DO HABEAS CORPUS OU , SE CONHECIDO , PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM" (fl. 41).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 423.992 - SP (2017/0289464-3)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : VANESSA ALVES VIEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GECIELE APARECIDA DOS SANTOS

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS**
SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO
CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS.
DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO
MÁXIMA PELA CAUSA ESPECIAL DE
DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI
N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA E
QUANTIDADE DA DROGA UTILIZADA PARA
MODULAR A FRAÇÃO REDUTORA. REGIME
INICIAL ABERTO. DESCABIMENTO
CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAL
DESAVORÁVEL. PENA SUPERIOR A 4 ANOS.
HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, “o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita” (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves**, DJU de 11/4/2005).

III - Para a fixação do percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

magistrado deve levar em consideração as circunstâncias do caso, **especialmente a natureza e a quantidade da droga apreendida**, bem como as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, ante a ausência de indicação das balizas pelo legislador para a definição do **quantum** de diminuição.

IV - O eg. Tribunal de origem estabeleceu a fração de 1/6 (um sexto) fixada para a causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, aduzindo que a fração esta justificada, especialmente, em razão da natureza e quantidade da droga apreendida, ou seja, **500g de crack**, inexistindo flagrante ilegalidade ou desproporcionalidade na fração escolhida a ensejar a concessão da ordem de ofício.

V - **Na hipótese**, a natureza e a quantidade de entorpecente foi considerada na terceira fase da dosimetria da pena para impedir a incidência da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, em seu grau máximo. Logo, sendo tal circunstância desfavorável, impede a fixação do regime diverso do **semiaberto**, nos termos do **art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, do art. 42 da Lei n. 11.343/06**, uma vez que a pena estabelecida é superior a 4 (quatro) anos.

Habeas corpus não conhecido.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Inicialmente, cumpre asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, “o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita” (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves**, DJU de 11/4/2005).

Destaco, para melhor delimitar a controvérsia, os **excertos** do v. acórdão impugnado, no que interessa à espécie:

"Parto a nova dosimetria do piso legal, afastada a fixação um sexto mais severa empregada na sentença em razão da chamada “prescrição” da reincidência.

Reputo ausente óbice à redução da pena pelo § 4º do artigo 33 da Lei 11.343 de 2006. Não foram produzidas provas que indicassem dedicação ao crime ou participação direta em organização criminosa. Tampouco há registro de antecedentes que possam ser invocados como obstativos da benesse, já que a única condenação data de mais de uma década.

No entanto, considerando a natureza e quantidade da droga apreendida (meio quilo de crack), parece-me exacerbada a gravidade em concreto da infração, demandando punição severa. A redução, por esse motivo, será na menor fração prevista.

***Ficando as penas privativas de liberdade de ambos acima de quatro anos, inviável a fixação de regime inicial aberto e a substituição por restritivas de direitos. O início poderá ser em regime intermediário, declarada que foi a inconstitucionalidade do regime fechado obrigatório para os crimes hediondos (sem olvidar-se da mais recente exclusão do tráfico privilegiado do rol dos equiparados)”** (fls. 35-36, grifei).*

Com efeito, para a fixação do percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, o magistrado deve levar em consideração as circunstâncias do caso, **especialmente a natureza e a quantidade da droga apreendida**, bem como as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, ante a ausência de indicação das balizas pelo legislador para a definição do **quantum** de diminuição.

In casu, o eg. Tribunal de origem estabeleceu a fração de 1/6 (um sexto) fixada para a causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, aduzindo que a fração esta justificada, especialmente, em razão da natureza e quantidade da droga



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apreendida, ou seja, **500g de crack**, inexistindo flagrante ilegalidade ou desproporcionalidade na fração escolhida a ensejar a concessão da ordem de ofício.

Nesse sentido os seguintes julgados deste Tribunal Superior:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PELO TRÁFICO PRIVILEGIADO, PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS QUE JUSTIFICAM A FRAÇÃO ESCOLHIDA. REPRIMENDA MANTIDA. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PRIMARIEDADE E MONTANTE DA PENA QUE ENSEJAM O REGIME INICIAL SEMIABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...]

- Esta Corte vem decidindo que a quantidade, a nocividade e a variedade dos entorpecentes apreendidos são fundamentos idôneos a ensejar a escolha da fração redutora, quando for o caso de aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

- Deve ser mantida a fração redutora de 1/2, pelo reconhecimento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando o caso concreto aponta que foram apreendidas duas espécies de entorpecentes (maconha e cocaína), as quais demonstram a gravidade concreta do delito, a ensejar a necessidade de uma redução menor do quantum da pena, para uma efetiva prevenção e repressão do delito em epígrafe. Ademais, alterar a conclusão a que chegou o Tribunal de origem implica, sem dúvida, revolver o acervo fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus. Precedentes.

[...]

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto em favor do paciente, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP e art. 42 da Lei n. 11.343/2006" (HC n. 368.418/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 1/2/2017, grifei).

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DA DROGA UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO IMPOSTO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. NATUREZA DAS SUBSTÂNCIAS APREENDIDAS. FUNDAMENTO VÁLIDO. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO. MODO INTERMEDIÁRIO SUFICIENTE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

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

3. Na falta de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante quando evidenciarem a habitualidade do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.

4. Hipótese na qual o Tribunal de origem, de forma motivada, atento as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a diversidade e a quantidade de droga apreendida - 42 g de cocaína, 32 g de maconha, 9g de ecstasy, 3 g de haxixe e 5 g de crack -, exclusivamente, na terceira etapa da dosimetria da pena, para fazer incidir a minorante em 1/3.

[...]

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena" (HC n. 354.058/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 25/11/2016, grifei).

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DA DROGA UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. NATUREZA, QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS SUBSTÂNCIAS APREENDIDAS. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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

3. Na falta de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do delito, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante quando evidenciarem a habitualidade do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.

4. Hipótese na qual o Tribunal a quo, de forma motivada, atento às diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a diversidade, a natureza e a quantidade de droga apreendida - 93 eppendorfs de cocaína (59,4g), 1 porção de crack (0,16g) e 5 porções de maconha (23,6g) -, exclusivamente, na terceira etapa da dosimetria da pena, para fazer incidir a minorante no patamar de 1/6.

5. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, também o art. 42 da Lei de Drogas.

6. Embora os pacientes sejam primários e a pena aplicada seja de 4 anos e 2 meses de reclusão, o regime fechado é o adequado para prevenção e reprovação do delito, diante da quantidade e da natureza de drogas apreendidas, como posto no acórdão impugnado. (Precedente) 7. Fixada a sanção corporal em patamar superior a 4 anos de reclusão, é inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

8. Habeas corpus não conhecido" (HC 394.803/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 28/6/2017).

No que tange ao **regime inicial de cumprimento de pena**, verifica-se, no caso, que a natureza e a quantidade de entorpecente foi considerada na terceira fase da dosimetria da pena para impedir a incidência da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, em seu grau máximo. Logo, sendo tal circunstância desfavorável, impede a fixação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do regime diverso do **semiaberto**, nos termos do **art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, do art. 42 da Lei n. 11.343/06**, uma vez que a pena estabelecida é superior a 4 (quatro) anos.

Neste sentido os seguintes precedentes:

"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 GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...]

- 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.

- Habeas corpus não conhecido" (HC n. 385.934/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 5/4/2017, grifei).

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE FATOS. INCABÍVEL. INOVAÇÃO NOS FUNDAMENTOS PELA CORTE DE ORIGEM EM RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. POSSIBILIDADE. PROFUNDIDADE DO EFEITO DEVOLUTIVO. NÃO OCORRÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. **REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DA DROGA APREENDIDA. MODO FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. WRIT NÃO CONHECIDO.**

[...]

2. 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.

3. Concluído pelas instâncias antecedentes, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito e no registro de outras condenações não definitivas, que o paciente se dedica a atividades criminosas, a modificação desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. Precedentes.

4. A existência de outros processos criminais, pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), podem afastar a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando permitirem concluir que o agente se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa.

5. O princípio do non reformatio in pejus não obsta que o Tribunal de origem, exercendo sua soberania para dizer o direito, encontre nova fundamentação para manter afastada a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, desde que respeitada a imputação deduzida pelo órgão de acusação e o limite da pena imposta no Juízo de origem.

6. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, também o art. 42 da Lei de Drogas.

7. Embora o paciente seja tecnicamente primário e a pena aplicada seja de 6 anos de reclusão, revela-se adequado o regime inicial fechado para o cumprimento da pena reclusiva, diante da quantidade, da natureza e da variedade de droga apreendida (8 porções de maconha, pesando 2,900 kg e 8 porções de cocaína, pesando 16g), conforme assentado no acórdão impugnado (art. 33, § 3º, do Código



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Penal c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

8. *Habeas corpus não conhecido*" (HC n. 386.940/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 23/3/2017 , grifei).

"HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO HERÓICO. (I) DOIS PACIENTES. CONDENAÇÃO. **TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS** (PARA AMBOS). POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO (APENAS PARA UM DELES). (II) REGIME INICIAL FECHADO. NATUREZA HEDIONDA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF. GRAVIDADE ABSTRATA DOS FATOS. PACIENTES PRIMÁRIOS E DE BONS ANTECEDENTES. **PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL**. (III) SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. VARIEDADE E NOCIVIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. INVIABILIDADE.

[...]

3. Caso em que o Tribunal de Justiça estabeleceu o regime mais gravoso para o início do cumprimento da pena dos pacientes, com fulcro na gravidade abstrata do delito e no dispositivo da Lei de Crimes Hediondos considerado inconstitucional pela Suprema Corte.

4. **Conquanto a reprimenda final da paciente virago tenha sido fixada em 3 anos e 4 meses, revela-se inviável a fixação do regime inicial aberto, diante da natureza e variedade das drogas apreendidas (51 microtubos contendo crack, 16 pedras de cocaína e 48 trouxinhas de maconha).**

[...]

6. A nocividade e a diversidade das drogas apreendidas recomendam a fixação do regime inicial intermediário e a negativa à substituição da pena corporal pelas restritivas de direitos, para ambos os acusados (Precedentes).

7. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de restabelecer o regime semiaberto para o cumprimento pelos pacientes da pena privativa de liberdade*" (HC n. 364.275/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Antonio Saldanha Palheiro**, DJe de 11/11/2016, grifei).

Diante de tais considerações, portanto, não se vislumbra a existência de qualquer flagrante ilegalidade passível de ser sanada pela concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, não conheço do **writ**.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0289464-3

HC 423.992 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00003292820158260050 00003292820158260635 3292820158260050 3292820158260635

EM MESA

JULGADO: 12/12/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

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	: VANESSA ALVES VIEIRA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: GECIELE APARECIDA DOS SANTOS
CORRÉU	: EWERTON DONIZETTI RODRIGUES DE CARVALHO

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.