



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 448.508 - SP (2018/0103892-9)**

**RELATOR** : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
GUILHERME DINIZ BARBOSA - SP308865  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : DANILO FERNANDO ZACARIAS

### EMENTA

*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO PRIVILÉGIO DO § 4º, DO ART. 33. IMPOSSIBILIDADE. CONCLUSÃO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS DE QUE O PACIENTE É ENVOLVIDO COM ATIVIDADES CRIMINOSAS E COM O TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. O AFASTAMENTO DA CONCLUSÃO REQUER REVOLVIMENTO DE CONTEÚDO FÁTICO PROBATÓRIO. INVIABILIDADE EM SEDE DE *HABEAS CORPUS*. REGIME INICIAL. PRIMARIEDADE. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PENA TOTAL INFERIOR A 8 ANOS. GRAVIDADE ABSTRATA E HEDIONDEZ DO DELITO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. MANTIDA A PENA FINAL COMINADA. PREJUDICADO O PEDIDO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. Quanto à incidência da minorante do tráfico privilegiado, inviável sua aplicação no presente caso, afinal, para se afastar a conclusão da instância ordinária de que o paciente é envolvido com atividades criminosas e com o comércio ilícito de drogas, é necessário o reexame minucioso de todo o conjunto fático-probatório, inviável em *habeas corpus*.

3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal – STF, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

4. Sedimentou-se, nesta Corte Superior, o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º, do Código Penal, em conjunto com o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, o regime prisional deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Na hipótese dos autos, entretanto, verifico que as instâncias ordinárias, embora tenham afastado corretamente a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 — uma vez que chegaram à conclusão que o paciente é envolvido com atividades criminosas e com o comércio ilícito de drogas —, fixaram o regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda em razão da hediondez e gravidade abstrata do delito, o que vai de encontro com a jurisprudência desta Corte, mormente se considerarmos que a quantidade de droga apreendida não é elevada (*4,6g gramas de crack e 10,7g de maconha*).

5. Mantida a pena final em patamar superior a 4 anos de reclusão, resta prejudicado o pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, afinal, o paciente não preencheu o requisito objetivo para alcançar o benefício.

*Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto para cumprimento da pena.

### 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 e conceder de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Brasília, 26 de junho de 2018(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 448.508 - SP (2018/0103892-9)**

**RELATOR** : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
GUILHERME DINIZ BARBOSA - SP308865  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : DANILO FERNANDO ZACARIAS

### RELATÓRIO

#### O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em benefício de DANILO FERNANDO ZACARIAS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 (tráfico de entorpecentes), à pena de 6 anos e 8 meses de reclusão em regime inicial fechado.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual deu parcial provimento ao recurso em acórdão que restou assim ementado, *in verbis*:

*Tráfico de entorpecentes - Prisão em flagrante - Apreensão de diversas porções de maconha e crack - Depoimento de policial seguro, coerente e sem desmentidos - Ausência de motivos para duvidar da lisura dessas palavras - Responsabilidade do acusado comprovada - Condenação mantida;*

*Tráfico de entorpecentes - Folha de antecedentes e certidão sem indicação do trânsito em julgado para a Defesa - Reincidência - Não caracterização - Aplicação do redutor do § 4º da Lei de Drogas - Não cabimento - Regime prisional correto - Recurso parcialmente provido (fl. 11).*

No presente *mandamus*, alega que o paciente preenche os requisitos para aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, em patamar máximo.

Sustenta, ainda, ausência de fundamentação idônea na imposição de regime inicial fechado, uma vez que a pena-base foi fixada no mínimo legal e a hediondez do delito não se mostra apta à ensejar o agravamento do regime. Invoca os Enunciados n. 718 e 719 da Suprema Corte e n. 440 do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Salieta ser plausível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

direitos.

Requer, em liminar, o abrandamento do regime e, no mérito, a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, fixação de regime inicial aberto e substituição por pena restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 27/29).

O Ministério Público Federal opinou *"pela concessão parcial da ordem para que seja fixado o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena"* (fl. 62).

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 448.508 - SP (2018/0103892-9)

### VOTO

#### O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (Relator):

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável o processamento do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, a aplicação da minorante do tráfico privilegiado, a fixação de regime inicial aberto e substituição por pena restritiva de direitos.

Nesses pontos, confira-se a fundamentação de primeiro grau:

*[...] Passo à fixação da pena.*

*No que diz respeito à consideração das circunstâncias judiciais, tal qual previsão do art. 59 do Código Penal, em primeira fase de fixação da sanção, fixo a pena em 05 anos de reclusão, além do pagamento de 500 dias-multa.*

*Em segunda fase de estabelecimento de sanção, considerando-se a reincidência específica do acusado, aplico aumento de 1/3, totalizando a pena de 06 anos e 08 meses de reclusão, além de 666 dias-multa (certidão de fls. 82/87, por delito de tráfico de drogas).*

*Por fim, na derradeira fase de fixação da pena, tratando-se de réu reincidente, não faz jus ao redutor previsto no §4º do art. 33 da Lei de Tóxicos, por expressa disposição legal.*

*Dada a natureza do crime, equiparado constitucionalmente aos hediondos, e a quantidade de pena aplicada, bem como considerada a disseminação do tráfico neste País pela leniência das leis e das Autoridades, e sendo necessário o efetivo combate a tão grave conduta, pelo alastramento do vício e destruição de famílias e vidas desde tenra idade, entendo que o único regime adequado e suficiente para início de cumprimento da pena, nos moldes do artigo 33 e parágrafos do Código Penal, é o fechado.*

*E, pelos mesmos fundamentos, entendo inaplicável a substituição da pena privativa de liberdade por meras restritivas de direitos, incompatíveis com crime dessa natureza, ante sua hediondez, bem como insuficientes para o necessário combate ao comércio ilícito de drogas, que mais e mais assola a sociedade disseminando o vício. Inviável, igualmente, a aplicação do sursis (fls. 21/22).*

O Tribunal de origem, ao retificar a decisão de primeiro grau, afastou o



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reconhecimento da reincidência, fixou a pena-base no mínimo legal e manteve, no mais, a sentença condenatória, sob os seguintes fundamentos:

*[...]*

*Resta, então, analisar a pena imposta.*

*Nesse mister, o que se vê é que a pena foi fixada no mínimo legal, mas na segunda fase, sempre respeitado o entendimento da ilustre Magistrada sentenciante, assiste razão ao apelante quando postula o afastamento da agravante da reincidência.*

*Isso porque, a folha de antecedentes de fls. 82/87 e a certidão de fls. 123/125 indicam condenação criminal anterior pela prática do crime de tráfico, mas não mencionam o trânsito em julgado dessa decisão para a Defesa, o que realmente impede o reconhecimento da reincidência.*

*Afinal, o art. 63, do Código Penal exige para o reconhecimento da agravante que o agente cometa novo crime depois de passar em julgado a sentença que o condenou por crime anterior. E, consoante iterativa jurisprudência, processos em andamento não servem para caracterizar essa agravante, de maneira que a ausência de indicação do trânsito em julgado da condenação para a Defesa enseja o afastamento desse aumento da pena.*

*Assim, a pena do acusado fica mantida em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, de valor unitário mínimo.*

*Observe-se, de qualquer forma, que não era mesmo o caso de aplicar a regra prevista no art. 33, §4º, da Lei de Drogas, pois mencionados documentos embora não sirvam para caracterizar a agravante neste momento, evidenciam que o réu está envolvido com atividades criminosas e com o comércio ilícito de drogas, o que impede o benefício que deve ser reservado para aqueles traficantes eventuais, chamados de "primeira viagem".*

*Finalmente, o regime imposto pela lei para o cumprimento da reprimenda é o inicial fechado, nos moldes do que foi determinado na r. sentença recorrida, observando-se que em razão da quantidade da pena imposta, é impossível qualquer tipo de substituição da pena privativa de liberdade.*

*Em suma, o parcial provimento do recurso é medida que se impõe.*

*Diante do exposto, DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO para reduzir a pena do acusado para 5 anos de reclusão em regime inicial fechado e 500 dias-multa, de valor unitário mínimo, mantida, no mais, a r. sentença proferida por seus próprios fundamentos (fls. 16/18).*

Quanto à incidência da minorante do tráfico privilegiado, inviável sua aplicação no presente caso, afinal, para se afastar a conclusão da instância ordinária de que o paciente é envolvido com atividades criminosas e com o comércio ilícito de





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

drogas, é necessário o reexame minucioso de todo o conjunto fático-probatório, inviável em *habeas corpus*. Nesse sentido:

**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. 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 da acusada, que esta 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 da acusada à atividade criminosa do tráfico.

3. Para acolher a tese defensiva de que a acusada 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. Ordem não conhecida.

(HC 287.874/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/08/2015, DJe 03/09/2015).

**AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. INADMISSIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. ANÁLISE QUE DEMANDARIA REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO.**

1. Deve ser mantida por seus próprios fundamentos a decisão monocrática que negou seguimento ao *habeas corpus* quanto à aplicação do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, uma vez que as instâncias originárias afastaram sua incidência por entender que os réu se dedicavam a atividade criminosa. Assim, **a pretensão em sentido contrário, a infirmar a conclusão do Tribunal a quo, implicaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na sede estreita do *habeas corpus*. Precedentes.**

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 302.101/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 12/12/2014).

Sobre o regime prisional, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

Com efeito, sedimentou-se, nesta Corte Superior, o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º, do Código Penal – CP, em conjunto com o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga. Assim, o regime prisional deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Na hipótese dos autos, entretanto, verifico que as instâncias ordinárias, embora tenham afastado corretamente a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 — uma vez que chegaram à conclusão que o paciente é envolvido com atividades criminosas e com o comércio ilícito de drogas —, fixaram o regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda em razão da hediondez e da gravidade abstrata do delito, o que vai de encontro com a jurisprudência desta Corte, mormente se considerarmos que a quantidade de droga apreendida não é elevada (4,6g gramas de crack e 10,7g de maconha).

A propósito:

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS FAVORÁVEIS. CAUSA REDUTORA DE PENA APLICADA NA FRAÇÃO MÁXIMA. REGIME FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. QUANTIDADE ÍNFIMA DE DROGA APREENDIDA (7,2 GRAMAS DE COCAÍNA). APLICAÇÃO DO REGIME ABERTO. ART. 33, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CP. POSSIBILIDADE. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

*1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.*





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. O Plenário do STF, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

**Assim, o regime prisional, nesses casos, deverá ser fixado motivadamente e em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do CP, e, na hipótese de condenado por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.**

No caso dos autos, a despeito do Tribunal a quo ter motivado a fixação do regime inicial fechado com base especialmente na natureza da droga - cocaína - (art. 42 da Lei n. 11.343/2006), encontra-se evidenciado o constrangimento ilegal, pois, considerando a quantidade da droga apreendida ter sido ínfima (7,2g), a causa redutora do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas ter sido aplicada no patamar máximo (2/3), somadas ainda ao quantum da condenação (1 ano e 8 meses), a primariedade e ao fato de não terem sido apontadas circunstâncias desfavoráveis, faz jus o paciente ao regime aberto, conforme o disposto no art. 33, §§ 2º, c, e 3º, do Código Penal, e em consonância com a jurisprudência desta Corte de Justiça.

3. O art. 44 do CP é taxativo quanto aos requisitos necessários para a obtenção do benefício da substituição da medida corporal por restritiva de direitos, verificando-se, na hipótese, o preenchimento de tais requisitos, tendo em vista que as circunstâncias judiciais favorecem o paciente e a quantidade de drogas apreendidas não foi expressiva.

*Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime inicial aberto, substituindo-se a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito a serem especificadas pelo Juízo de Execuções (HC 358.079/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, DJe 29/03/2017).*

**HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.**

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedente.

2. Contudo, o alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

**TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. NEGATIVA DE APLICAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. O § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) não integre organização criminosa.

2. Atendidos os pressupostos legais à aplicação do benefício, imperiosa a mitigação da pena nos termos do supracitado dispositivo legal.

3. Assim, tendo em vista a favorabilidade das circunstâncias judiciais e a pequena quantidade de droga apreendida, mostra-se razoável e proporcional ao caso a redução da reprimenda em 2/3 (dois terços).

**REGIME INICIAL. DESPROPORCIONALIDADE AO QUANTUM FINAL DA PENA. ALTERAÇÃO PARA O MODO ABERTO E A SUA PERMUTA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.**

1. Redimensionada a pena privativa de liberdade para patamar inferior a 4 (quatro) anos, ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis e tendo a pena-base sido fixada em seu mínimo legal, mister a readequação do regime inicial para o aberto, em conformidade com o art. 33, § 2º, alínea c, do CP.

**2. Tratando-se de condenado à pena inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, primário e de bons antecedentes, com quem foi apreendida quantidade de substâncias tóxicas que não se revela expressiva ou elevada, impõe-se o estabelecimento do regime aberto para o cumprimento inicial da reprimenda privativa de liberdade, bem como a sua substituição por sanções restritivas de direitos.**

3. Habeas Corpus não conhecido. **Ordem concedida de ofício a fim de reduzir a pena para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 166 dias-multa, substituindo-se a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos a serem definidas pelo Juízo competente (HC 372.363/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 27/03/2017).**

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DO ACÓRDÃO IMPUGNADO. OMISSÃO NA ANÁLISE DAS TESES DEFENSIVAS. INOCORRÊNCIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AFASTADA SEM JUSTIFICATIVA. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. POSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.

[...]

4. Hipótese em que o Tribunal de origem negou a aplicação da referida minorante ao paciente, sem apresentar fundamentação alguma para tanto, em manifesta ofensa ao princípio da motivação das decisões judiciais, sendo de rigor a aplicação do redutor no grau máximo, sobretudo quando trata-se de acusado primário, de bons antecedentes e não há elementos que indique sua habitualidade delitiva. Precedentes.

**5. Readequada a pena final para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime inicial aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal.**

6. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

7. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, tornando a pena definitiva do paciente em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão mais 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, assim como para fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a serem definidas pelo Juízo da Execução (HC 361.691/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 15/02/2017).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. O STF, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Com base no julgamento do HC 97.256/RS pelo STF, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, o benefício da substituição da pena passou a ser concedido aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

4. **Hipótese em que a sentença, mantida pelo acórdão impugnado, referiu-se apenas à natureza hedionda e à gravidade abstrata do tráfico de drogas para fixar o regime inicial fechado e negar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.**

5. **O quantum da condenação (1 ano e 8 meses), a primariedade e a análise favorável das circunstâncias judiciais permitem ao paciente iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime aberto, conforme art. 33, § 2º, alínea c, do CP, além da substituição por restritiva de direitos.**

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais (HC 370.003/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJE 02/12/2016).

Por fim, mantida a pena final em patamar superior a 4 anos de reclusão, resta prejudicado o pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, afinal, o paciente não preencheu o requisito objetivo para alcançar o benefício.

Quanto ao tema, os seguintes julgados:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA UTILIZADA PARA AFASTAR A REDUTORA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO, ALIADA A OUTROS ELEMENTOS. REEXAME MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. READEQUAÇÃO DO REGIME INICIAL. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS JÁ NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PREJUDICADO. REPRIMENDA MANTIDA ACIMA DE 4 (QUATRO) 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





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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" (HC n. 400.119/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 1º/8/2017).

III - No caso, houve fundamentação concreta para o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada nas circunstâncias que envolveram a prisão e na quantidade de droga apreendida, além da apreensão de balanças de precisão e diversos utensílios utilizados para embalar entorpecentes. Assim, o eg. Tribunal a quo se convenceu de que o paciente se dedicava, efetivamente, às atividades criminosas, porque não se tratava de traficante ocasional.

IV - Rever o entendimento das instâncias ordinárias para fazer incidir a causa especial de diminuição demanda, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do mandamus.

V - No que tange ao regime inicial de cumprimento de pena, embora v. acórdão impugnado o tenha fixado com base na hediondez do delito, a quantidade de droga (cocaína e crack) foi considerada desfavoravelmente ao paciente já na primeira fase da dosimetria. Desse modo, fixada a pena acima de 4 anos e existindo circunstância judicial desfavorável, fica afastada a possibilidade de fixação do regime diverso do fechado, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, do art. 42 da Lei n. 11.343/06.

**VI - Mantida a pena cominada ao paciente em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão, resta prejudicado o pedido de substituição da sanção corporal por penas restritivas de direitos, pois não preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 44 do Código Penal.**

Habeas Corpus não conhecido (HC 442.215/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 15/06/2018).

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, NATUREZA E DIVERSIDADE DA DROGA E PERSONALIDADE DESVIRTUADA UTILIZADAS PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. QUANTIA, ESPÉCIE E VARIEDADE DOS ENTORPECENTES. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA.



## 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. 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 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, para afastar a aplicação da minorante quando evidenciarem a habitualidade do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.

4. Hipótese na qual as instâncias ordinárias, de forma motivada, atentas as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, consideraram para modular o benefício a quantidade, a natureza e a diversidade das drogas apreendidas - 113 porções de maconha (165,4g) e 331 pedras crack (31,9g) -, exclusivamente, na terceira etapa da dosimetria da pena, destacando, ainda, a personalidade voltada a práticas criminosas, demonstrada no fato de ter passagens por atos infracionais e por estar em liberdade provisória pelo cometimento do mesmo delito na semana anterior. Portanto, não se mostra desproporcional a fração de 1/6 aplicada. Precedentes STJ e STF.

5. Embora o paciente seja primário e pena tenha sido estabelecida em 4 anos e 2 meses de reclusão, o regime inicial fechado é o adequado para a reprovação do delito, tendo em vista a quantia, a espécie e a variedade das drogas, nos exatos termos dos arts. 42 da Lei de Drogas c/c o art. 59 e 33 do Código Penal.

**6. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do atendimento do requisito objetivo, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.**

7. Habeas corpus não conhecido (HC 425.870/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 20/06/2018).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS QUE APONTAM DEDICAR-SE O PACIENTE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. NECESSIDADE DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO.

TAREFA INVIÁVEL NESTA ESTREITA VIA. TRIBUNAL QUE APLICOU O REGIME FECHADO EM RAZÃO DA GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. GRANDE QUANTIDADE E VARIEDADE





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE DROGAS APREENDIDAS. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

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

- Hipótese em que o Tribunal de origem deixou de aplicar o redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em razão da quantidade, da natureza e da variedade de entorpecentes apreendidos, bem como pelas circunstâncias em que o delito ocorreu, em um conhecido ponto de tráfico, o que demonstra sua dedicação às atividades criminosas.

- Considerando-se a gravidade concreta da conduta, a qual foi enfatizada pelo Tribunal a quo, ante a quantidade elevada da droga apreendida, há fundamentação concreta que recomenda a aplicação do regime inicial mais gravoso para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal.

*Precedentes.*

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

- Habeas corpus não conhecido (HC 451.755/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 15/06/2018)

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do habeas corpus, e pela concessão da ordem, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0103892-9

**HC 448.508 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00011141920178260635 11141920178260635 20180000228874

EM MESA

JULGADO: 26/06/2018

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

#### **AUTUAÇÃO**

|            |   |                                                                                 |
|------------|---|---------------------------------------------------------------------------------|
| IMPETRANTE | : | DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO                                       |
| ADVOGADOS  | : | DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO<br>GUILHERME DINIZ BARBOSA - SP308865 |
| IMPETRADO  | : | TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO                                      |
| PACIENTE   | : | DANILO FERNANDO ZACARIAS                                                        |

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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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