



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 366.864 - SC (2016/0213196-3)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : LUCIAN SOMMARIVA JOSSUE (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE TRAFICAVA COM HABITUALIDADE. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES CIRCUNSTÂNCIA QUE TAMBÉM EVIDENCIA A DEDICAÇÃO DO PACIENTE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL. EXPRESSIVA QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção do 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. Rever o entendimento externado pela Corte de origem para o fim de aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, no caso, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, inviável em sede de *habeas corpus*.

3. Ademais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que não há ilegalidade na negativa de aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 quando a quantidade e a natureza das substâncias apreendidas permitem aferir que o agente se dedica a atividade criminosa.

4. O STF, no julgamento do HC n. 111.840/ES, assentou que inexistente a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a observância do disposto no art. 33, § § 2º e 3º, do Código Penal.

5. A valoração negativa da quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação de regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso. Precedentes.

6. No caso, embora o paciente seja primário, condenado a pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) e não excedente a 8 (oito) anos de reclusão, a expressiva quantidade e a natureza especialmente deletéria dos entorpecentes justificam a fixação do regime inicial fechado.

7. *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), 22 de novembro de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 366.864 - SC (2016/0213196-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : LUCIAN SOMMARIVA JOSSUE (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de LUCIAN SOMMARIVA JOSSUÉ contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (Apelação n. 0000084-73.2015.8.24.0020).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, incidente a majorante prevista no art. 40, inciso VI, do mesmo estatuto (e-STJ fls. 400/421).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi improvido (e-STJ fls. 589/605), em acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO DE DROGAS ENVOLVENDO ADOLESCENTE (ART. 33, CAPUT, C/C O ART. 40, VI, DA LEI N. 11.343/2006). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. NÃO ACOLHIMENTO. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE DEMONSTRADAS. DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS FIRMES E COERENTES NO SENTIDO DE QUE AVISTARAM O ACUSADO OPERANDO NO TRÁFICO COM AUXÍLIO DE OUTRA PESSOA, POSTERIORMENTE IDENTIFICADA COMO UM ADOLESCENTE. ESTE QUE ASSUMIU TODA A RESPONSABILIDADE DA DROGA, MAS QUE APRESENTOU VERSÃO DIVERGENTE DA DO PRÓPRIO ACUSADO, O QUE INDICA POUCA CREDIBILIDADE E NÃO DESQUALIFICA A VERSÃO DOS AGENTES PÚBLICOS. POLICIAIS QUE LOGRARAM APREENDER, NO LOCAL EM QUE AVISTAVAM O ACUSADO BUSCAR A DROGA PARA ENTREGAR PARA O ADOLESCENTE REPASSAR AOS USUÁRIOS, UMA MOCHILA COM 143,65G (CENTO E QUARENTA E TRÊS GRAMAS E SESSENTA E CINCO CENTIGRAMAS) DE FRAGMENTOS DE CRACK, 33,49G (TRINTA E TRÊS GRAMAS E QUARENTA E NOVE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CENTIGRAMAS) DE COCAÍNA E 29 (VINTE E NOVE) INVÓLUCROS CONTENDO CRACK E PESANDO 57,18G (CINQUENTA E SETE GRAMAS E DEZOITO CENTIGRAMAS) E AINDA BALANÇA DE PRECISÃO. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE NÃO DEIXA DÚVIDAS ACERCA DA CONDUTA DO ACUSADO DE GUARDAR E VENDER ENTORPECENTE EM CONJUNTO COM UM ADOLESCENTE. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE TRÁFICO (ART. 33, CAPUT, DA LEI DE DROGAS) COM A MAJORANTE DO ART. 40, VI, DA CITADA LEI MANTIDA. PRETENDIDA APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGA APREENDIDA ALIADA AO FATO DE OS POLICIAIS TEREM AFIRMADO QUE O ACUSADO ERA CONHECIDO PELA POLÍCIA E JÁ TINHA SIDO OBSERVADO OUTRAS VEZES NAQUELE LOCAL CONHECIDO COMO PONTO DE VENDA DE DROGAS QUE DEMONSTRAM QUE A CONDUTA POR ELE PERPETRADA NÃO ERA DE CUNHO EVENTUAL, MAS SIM HABITUAL. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA QUE IMPEDE A CONCESSÃO DA BENESSE. SENTENÇA MANTIDA, NO PONTO. REGIME. PRETENDIDA FIXAÇÃO DE REGIME MAIS BRANDO QUE O FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. ACUSADO QUE, EMBORA TENHA TIDO COMO FAVORÁVEIS SUAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS E A PENA NÃO TENHA EXCEDIDO A OITO ANOS, FOI PRESO COM QUANTIDADE EXORBITANTE DE DROGA, INCLUSIVE DE NATUREZA DEVERAS PREJUDICIAL (COCAÍNA E CRACK) , O QUE INDICA A GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA E JUSTIFICA A IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO. PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

No crime de tráfico de drogas, o fato de as circunstâncias judiciais serem favoráveis e de a pena privativa de liberdade aplicada ser inferior a 8 (oito) anos não asseguram ao réu, por si sós, o direito de cumpri-la em regime semiaberto. Dependendo da natureza e/ou da quantidade da droga com ele apreendida, poderá ser imposto regime mais gravoso (Lei n. 11.343/2006, art. 42; ST J, AgRg no AREsp 202.564/RS, ReI. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 10/02/2015; AgRg no REsp 1.462.967/SC, ReI. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 05/02/2015). 04. Habeas corpus não conhecido (Habeas Corpus n. 309.003/RS, reI. Min. Newton Trisotto, j. 05/5/2015).

RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 1/8), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, na medida em que não aplicou a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, embora preenchidos os requisitos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

previstos na referida norma, além de manter o regime inicial fechado sem respaldo em fundamentação idônea, quando cabível o regime semiaberto.

Ao final, formula pedido liminar para que sejam suspensos os efeitos da condenação e, no mérito, pede a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, redimensionando-se a pena do paciente, além da fixação de regime prisional menos gravoso.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 611/614).

As informações foram prestadas às e-STJ fls. 621/626 e 632/683.

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls. 687/690, opinou pelo não conhecimento do *writ*, cuja ementa segue transcrita:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO AO USO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PE- NA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. MEDIDA JÁ CONCEDIDA NO RHC 65.536. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO HABEAS CORPUS E PELA NÃO CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 366.864 - SC (2016/0213196-3)

VOTO

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

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. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

[...] Habeas corpus não conhecido. (HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...]. (STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se, na presente oportunidade, o reconhecimento de constrangimento ilegal na negativa de aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 e na fixação do regime inicial fechado.

No que toca ao redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, segue a fundamentação exarada pelo Tribunal *a quo* para refutar a respectiva incidência (e-STJ fls. 599/600):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Isso porque, como bem fundamentou a magistrada de primeiro grau, conquanto o acusado seja primário, sem antecedentes criminais, a quantidade de droga apreendida - como visto, fragmentos de crack com a massa líquida total de 143,65g (cento e quarenta e três gramas e sessenta e cinco centigramas); 33,49g (trinta e três gramas e quarenta e nove centigramas) de cocaína; e vinte e nove invólucros contendo crack pesando 57,18g (cinquenta e sete gramas e dezoito centigramas), conforme laudo de constatação de p. 10 e laudo pericial de p. 63-67, não se considerando os quatro quilos de maconha, porquanto foi tida como duvidosa a autoria do acusado em relação a este entorpecente -, a diversidade do material ilícito, o fato de os policiais terem afirmado que o acusado já era conhecido no meio policial e que aquele local era ponto de comércio de drogas, sendo que ele já havia sido visto por diversas vezes ali, indica, de forma evidente, que o tráfico operado não se dava de forma eventual, mas sim habitualmente.

Dessa forma, demonstrada a dedicação à atividade criminosa, inviável a concessão do benefício.

Dessa forma, extrai-se que as instâncias ordinárias formaram o seu convencimento a partir do acervo probatório, a denotar que "o tráfico operado não se dava de forma eventual, mas sim habitualmente", além da expressiva quantidade de entorpecentes apreendidos.

Entendimento contrário ao manifestado supra demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via estreita do *habeas corpus*. Em hipóteses análogas, decidiu esta Corte:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS E CORRUPÇÃO DE MENORES. ABSOLVIÇÃO E MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE NO WRIT. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO E SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DESCABIMENTO.

[...]

3. 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, aquele 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa.

4. Rever a conclusão do sentenciante - de que o paciente integrava organização criminosa (Comando Vermelho) e exercia o tráfico de drogas de modo profissional e habitual - demandaria incursão no acervo fático-probatório, o que é inviável na via estreita do habeas corpus.

[...]

8. Habeas corpus não conhecido.

(HC 184.136/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe 8/9/2015)

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. POSSIBILIDADE EM TESE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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 acusado, que este 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.

[...]

8. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, tão somente para que o Juízo das Execuções, mediante concreta fundamentação, analise a possibilidade de fixação de regime inicial mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal.

(HC 314.626/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe 26/8/2015)

Ademais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que não há ilegalidade na negativa de aplicação da causa especial de diminuição



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 quando a quantidade e a natureza das substâncias apreendidas permitem aferir que o agente se dedica a atividade criminosa. Seguem ementas de julgados desta Corte:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. EXERCÍCIO DO COMÉRCIO ILÍCITO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVERSÃO DAS CONCLUSÕES DO ACÓRDÃO RECORRIDO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Não trazendo o agravante tese jurídica capaz de modificar o posicionamento anteriormente firmado, é de se manter a decisão agravada por seus próprios fundamentos.

2. O Tribunal de origem afirmou expressamente não estarem preenchidos os requisitos para que o recorrente se beneficiasse da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, pois a relevante quantidade de entorpecentes indica o envolvimento do acusado com o tráfico. Para rever a conclusão, necessário seria o reexame de provas, inviável em recurso especial.

3. A teor da jurisprudência desta Corte, é incabível o pedido de concessão de ordem de habeas corpus de ofício como tentativa de burlar a inadmissão do recurso especial.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 607.253/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, DJe 22/6/2015)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. REGIME INICIAL FECHADO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE. CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO CABIMENTO. ART. 44, I, DO CP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

III - No caso dos autos, as circunstâncias do crime (dentre elas, a expressiva quantidade e diversidade de drogas apreendidas - 53,11 g de maconha, 116,58 g de crack e 27,78 g de cocaína) justificam o afastamento da minorante, eis que há indicativo de que o paciente se "dedica a atividades criminosas", incorrendo, portanto, o permissivo legal previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 (precedentes).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

Habeas corpus não conhecido.

(HC 309.244/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 21/5/2015)

Portanto, não há falar em ilegalidade na negativa de aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

Quanto ao regime prisional, embora o Ministério Público Federal tenha se manifestado no sentido de que a impetração estaria prejudicada, em virtude da concessão da ordem, de ofício, no RHC 65.536/SC, a questão anteriormente apreciada por esta Corte referiu-se apenas à adequação provisória do regime prisional em sede de prisão cautelar.

Com efeito, naqueles autos, em virtude da deficiência de fundamentação da sentença condenatória quanto ao regime prisional, entendeu-se que a prisão preventiva deveria adequar-se ao regime semiaberto, na medida em que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 111.840/ES, assentou que inexistia a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Entretanto, o superveniente julgamento do recurso de apelação manteve o regime inicial fechado com base em fundamentação concreta e suficiente, conforme segue (e-STJ fl. 602 - grifado):

Além de equiparado a hediondo, por força do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, colhe-se da Constituição Federal que o delito de tráfico de drogas é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (art. 5º, XVIII, da Constituição Federal). Diante de tal contexto, verifica-se que o intuito do legislador não é outro senão punir de forma mais severa o comércio de estupefacientes, em razão, é claro, da gravidade do delito, considerando as consequências destrutivas da droga e da atividade criminosa que ela fomenta.

*Oportuno assinalar, ainda, que a decisão que declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos, determinando, consequentemente, seja observado o disposto no HC n. 111.849, somente produziu efeitos entre as partes. Portanto, diante de tais razões, e **considerando a natureza, a quantidade e a diversidade de droga apreendida, repita-se, fragmentos de crack com a massa líquida total de***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

143,65g (cento e quarenta e três gramas e sessenta e cinco centigramas); 33,49g (trinta e três gramas e quarenta e nove centigramas) de cocaína; e vinte e nove invólucro contendo crack pesando 57,18g (cinquenta e sete gramas e dezoito centigramas), não se afigura recomendável a aplicação de outro regime senão o fechado, notadamente pela gravidade concreta do crime.

Com efeito, embora o paciente seja primário, condenado a pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) e não excedente a 8 (oito) anos de reclusão, a expressiva quantidade e a natureza especialmente deletéria das drogas apreendidas – 200,83g de crack e 33,49g de cocaína – são aptas a justificar o estabelecimento do regime mais gravoso, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

No ponto, importa considerar que o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a valoração negativa da quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade. Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. PROCEDÊNCIA. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. REGIME FECHADO COMPATÍVEL. SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. QUANTIDADE DA PENA APLICADA. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

II - No caso dos autos, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas - 30 porções de cocaína, com peso líquido de 45,3 g, 37 pedras de crack, com peso líquido de 13,3 g e mais 22 porções de maconha, com peso líquido de 16,9 g - justificam o afastamento da minorante, eis que há indicativo de que o paciente se "dedica a atividades criminosas", incorrendo, portanto, o permissivo legal previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

III - O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90 - com redação dada pela Lei n.º 11.464/07. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

IV - Todavia, in casu, não se pode olvidar que a quantidade e variedade dos entorpecentes foi considerada na terceira fase da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dosimetria da pena, para afastar a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Forçoso concluir, assim, que a referida circunstância autoriza a fixação do regime inicial fechado, nos termos do art. 33, § 2º e § 3º, do Código Penal (precedentes).

V - Não restam cumpridos os requisitos do art. 44 do Código Penal para a substituição da prisão por pena restritiva de direitos, diante do quantum da pena aplicada (inciso I).

Habeas Corpus não conhecido, cassada a liminar.

(HC 338.068/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 28/4/2016)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NÃO CONHECIMENTO.

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

2. Mantido o regime inicial fechado e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos pelo Tribunal de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, em especial a quantidade e a natureza da droga apreendida - 25,5 g de cocaína - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

3. Habeas corpus não conhecido.

(HC 321.231/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 11/9/2015)

Ressalta-se, por oportuno, que não configura *reformatio in pejus* a adoção de fundamentação concreta para, em sede de apelação da defesa, manter o regime prisional mais gravoso. Em hipóteses análogas, decidiu esta Corte:

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. NATUREZA E QUALIDADE DA DROGA APREENDIDA. REGIME INICIAL



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FECHADO. NATUREZA DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

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

[...]

4. Devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial fechado, em razão da natureza da substância entorpecente apreendida - crack - (art. 42 da Lei n.º 11.343/06), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

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

6. Habeas corpus não conhecido (HC 372.261/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 10/10/2016).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DEPOSITÁRIOS FIÉIS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE DA AÇÃO PENAL. TESES NÃO EXAMINADAS PERANTE O TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA APÓS A PROLAÇÃO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRECLUSÃO. AUTORIA DELITIVA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. DOSIMETRIA DA PENA. REITERAÇÃO DE PEDIDO. ELEVAÇÃO DA PENA-BASE. NOVOS FUNDAMENTOS UTILIZADOS PELO TRIBUNAL PARA A MANUTENÇÃO DO ACRÉSCIMO, COM REDUÇÃO DO QUANTUM DE PENA. REFORMATIO IN PEJUS. INOCORRÊNCIA. REGIME SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VI - "A jurisprudência desta Corte posiciona-se no sentido de que ainda que seja agregada fundamentação pelo Tribunal a quo, em apelação da defesa, não há falar em reformatio in pejus quando a situação do réu não foi agravada em relação à pena que lhe foi aplicada em primeiro grau" (HC n. 272.163/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 12/5/2016).

VII - Na hipótese, o eg. Tribunal a quo reduziu a pena-base fixada na sentença, somente não o fez no mínimo legal, como pretendia a defesa, razão pela qual não agravou a situação do réu, não configurando, portanto, o alegado constrangimento ilegal. Assim, fica mantida a pena fixada em 4 (quatro) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, o que impede a modificação do regime fixado (no caso, o semiaberto) e a sua substituição por restritiva de direitos.

Habeas corpus não conhecido (HC 300.047/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 23/8/2016).

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

É o voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0213196-3

HC 366.864 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00000847320158240020 00026755620158240004 20150280532 20150586984
26755620158240004 847320158240020

EM MESA

JULGADO: 22/11/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : LUCIAN SOMMARIVA JOSSUE (PRESO)

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

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.