



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 413.909 - SP (2017/0214930-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : **FABIO LUIS DO NASCIMENTO**
ADVOGADO : **FABIO LUIS DO NASCIMENTO - SP233163**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **CLEYTON MARCELINO BELIZIO**

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 N. 11.343/2006. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES E OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE TRAFICAVA COM HABITUALIDADE. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE EXPRESSIVA E NATUREZA ESPECIALMENTE DELETÉRIA DE PARTE DAS DROGAS APREENDIDAS. AFASTAMENTO DO CARÁTER HEDIONDO DO DELITO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. TESES PREJUDICADAS PELO NÃO RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO E MANUTENÇÃO DA PENA EM PATAMAR SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. 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 n. 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 n. 11.343/2006 quando a quantidade de entorpecentes apreendidos permitem aferir que o agente se dedica a atividade criminosa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. O STF, 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.

5. A valoração negativa da natureza e quantidade 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 e que não excede 8 anos de reclusão, a expressiva quantidade e natureza especialmente deletéria de parte das drogas apreendidas justificam a fixação do regime inicial fechado, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

7. Negado o reconhecimento do tráfico privilegiado e mantida a condenação do paciente em patamar superior a 4 anos de reclusão, ficam prejudicados os pedidos de afastamento do caráter hediondo do delito e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

8. *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, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 413.909 - SP (2017/0214930-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : **FABIO LUIS DO NASCIMENTO**
ADVOGADO : **FABIO LUIS DO NASCIMENTO - SP233163**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **CLEYTON MARCELINO BELIZIO**

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de CLEYTON MARCELINO BELIZIO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0032088-55.2014.8.26.0405).

Consta dos autos que o paciente foi absolvido, em primeiro grau de jurisdição, com fundamento no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, da imputação prevista no art. 33, *caput*, c/c o 40, inciso VI, ambos da Lei n. 11.343/2006.

Irresignado, o representante do *Parquet* interpôs recurso de apelação, o qual foi provido para condenar o paciente à pena de 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, c/c o 40, inciso VI, ambos da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ fls. 20/33). Segue a ementa do acórdão:

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - Sentença absolutória - Recurso ministerial almejando a condenação - Necessidade - Materialidade que decorre de prova documental - Autoria suficientemente demonstrada pela prova oral - Palavras dos policiais às quais se confere relevo probatório - Condição de usuário que não elide a prática do tráfico - Condenação de rigor - Pena exasperada pela natureza da droga - Inteligência do art. 42, da Lei n.º 11.343/06 - Não aplicação do § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas - Elementos que indicam dedicação do réu ao tráfico - Regime inicial fechado único cabível - Substituição por restritivas de direitos incompatível com o quantum de pena aplicado - Perdimento do numerário apreendido - Viabilidade - Exegese do art. 63, da Lei de Drogas - Recurso provido, com expedição de mandado de prisão.

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 1/14), o impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois negou a aplicação do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reductor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, embora os requisitos legais para a sua incidência estejam presentes.

Além disso, entende que o paciente faz jus à fixação de regime prisional mais brando, conforme os parâmetros do art. 33 do Código Penal e em observância às disposições dos enunciados das Súmulas n. 440/STJ, 718 e 719/STF.

Em consequência da redução da pena, também defende o afastamento do caráter hediondo do delito, a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Ao final, liminarmente e no mérito, pede a concessão da ordem para que a pena aplicada ao paciente seja reduzida, mediante incidência do reductor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, além da fixação de regime prisional mais brando e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 37/39).

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls. 43/48, opinou pelo não conhecimento do *writ*, conforme a seguinte ementa:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO, NOS TERMOS DA ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE QUE JUSTIFIQUE A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REVISÃO DA DOSIMETRIA DA PENA. PEDIDO CUJA ANÁLISE DEMANDARIA O REEXAME DA MATÉRIA FÁTICO - PROBATÓRIA. INAPLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º, DO ART. 33, DA LEI N º 11.343/06. PACIENTE QUE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS E QUE, JUNTAMENTE COM UM MENOR, FOI SURPREENDIDO COM 97 TROUXINHAS DE MACONHA, 1 TIJOLO DA MESMA SUBSTÂNCIA, 100 EPPENDORFS DE COCAÍNA E 50 PEDRAS DE "CRACK". REGIME MAIS GRAVE JUSTIFICADO. INVIABILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS, PORQUE FIXADA EM MAIS DE 7 ANOS DE RECLUSÃO. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO PREVISTO NO ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DA IMPETRAÇÃO.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 413.909 - SP (2017/0214930-3)

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 utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, em síntese, o reconhecimento de constrangimento ilegal na negativa de aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e na fixação do regime inicial fechado. Em consequência do reconhecimento do privilégio e redução da pena, postula-se o afastamento do caráter hediondo do delito, a fixação do regime aberto e a substituição por restritivas de direitos.

No que toca ao redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

segue a fundamentação utilizada pelo Tribunal *a quo* para afastar a respectiva incidência (e-STJ fl. 28):

Em seguida, não há que se falar na incidência causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, pois, embora primário o réu, não se pode dizer tratar-se de neófito na narcotraficância, a quem destina a referida benesse.

Ora, a expressiva quantidade e a variedade de drogas apreendidas em poder do réu, bem como a forma que estavam embaladas, aliadas ao fato de que a apreensão se deu em conhecido ponto de tráfico de drogas, são circunstâncias que indicam imersão do acusado na engrenagem delituosa, obstando a aplicação do ventilado instituto.

Em outras palavras, o conjunto probatório permite concluir que a presente conduta não se tratou de um ato isolado na vida do réu, mas sim de uma prática reiterada, sobretudo porque não comprovou de forma idônea exercer qualquer profissão lícita, donde se conclui que não tinha condições financeiras de adquirir tamanha quantidade de drogas de outra forma, a não ser através de seu envolvimento profundo no crime.

Dessa forma, extrai-se que a Corte local formou o seu convencimento a partir do acervo probatório, a denotar que o tráfico operado não se dava de forma eventual, mas, sim, com habitualidade.

Entendimento em sentido 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 prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 quando a quantidade das substâncias apreendidas permitem aferir que o agente se dedica a atividade criminosa. Seguem ementas de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

[...]

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

E, na espécie, a negativa de aplicação do redutor também pautou-se na expressiva quantidade da droga apreendida – 185g de maconha, 47,5g de cocaína e 15,2g de crack –, fundamento que apenas reforça o entendimento de que o paciente se dedicava a atividades criminosas. Portanto, não há falar em ilegalidade na negativa de aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

No que toca ao regime prisional, 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.

No caso, seguem os fundamentos exarados pelo Tribunal *a quo* para estabelecer o regime inicial fechado (e-STJ fls. 29/30):

Adota-se o regime fechado para início do desconto da reprimenda, eis que o único adequado ao caso, isso, à margem da discussão acerca da inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

Isso porque os fatos são graves. Cuida-se de crime que constitui verdadeiro cancro social, que fomenta a prática de outros tantos delitos, de maneira que o tratamento penal dispensado deve condizer com a gravidade que se apresenta. Nesse contexto, regime inicial mais brando não atenderia aos fins da pena, nem surtiria efeito na assimilação da terapêutica penal por parte do acusado, sobretudo no que se refere à função de prevenção especial positiva da reprimenda, mormente em se tratando de tráfico de vultosa quantidade de drogas, dentre elas o crack, estupefaciente altamente nocivo.

Dessa forma, extrai-se que, embora o paciente seja primário e a condenação não supere 8 anos de reclusão, a expressiva quantidade e natureza especialmente deletéria de parte da droga apreendida constitui fundamento idôneo para o recrudescimento do regime prisional, 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:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

Portanto, também quanto ao regime prisional, inexistente ilegalidade a ser reparada na presente via mandamental.

Em consequência do não reconhecimento do tráfico privilegiado e da não redução da pena, que permanece em patamar superior a 4 anos de reclusão, ficam prejudicados os pedidos de afastamento do caráter hediondo do delito e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

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

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0214930-3

HC 413.909 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00320885520148260405 20160000770354 320885520148260405

EM MESA

JULGADO: 28/11/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : FABIO LUIS DO NASCIMENTO
ADVOGADO : FABIO LUIS DO NASCIMENTO - SP233163
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLEYTON MARCELINO BELIZIO

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.