



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 415.305 - SP (2017/0228410-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : MARCELO MACHADO DE MELO
ADVOGADO : MARCELO MACHADO DE MELO - SP0351947
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIZ DO CARMO FERRARI (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICAVA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS E INTEGRAVA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. SIGNIFICATIVA QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. Concluído pelas instâncias de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas e integrava organização criminosa, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.

2. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 6 anos e 2 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

3. Embora a reprimenda final seja inferior a 8 anos, escoreita a eleição do regime inicial fechado, porquanto as circunstâncias do caso em testilha demonstram que regime inicial mais brando não seria suficiente para a reprovação e a prevenção do delito em comento, haja vista que a empreitada criminosa envolveu significativa quantidade de substância entorpecente – quase meio quilo de maconha (art. 42 da Lei n.º 11.343/06). Não há falar, pois, em constrangimento ilegal.

4. *Habeas corpus* denegado.,

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, denegou a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 24 de outubro de 2017(Data do julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 415.305 - SP (2017/0228410-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : MARCELO MACHADO DE MELO
ADVOGADO : MARCELO MACHADO DE MELO - SP0351947
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIZ DO CARMO FERRARI (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de LUIZ DO CARMO FERRARI, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 0030960-35.2015.8.26.0576).

Consta dos autos que o ora paciente foi condenado à pena total de 6 anos e 2 meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, mais pagamento de 520 dias-multa, pela prática do crime descrito no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 e art. 180, *caput*, do Código Penal, este por duas vezes. Na ocasião, foi-lhe negado o recurso em liberdade. No que pertinente, eis os termos do julgado:

Passo à dosimetria das penas.

Na primeira fase, atendendo aos critérios do art. 59 do Código Penal, quanto aos crimes de receptação, por não vislumbrar circunstâncias que justifiquem uma reprimenda maior, fixo cada pena no piso, em 01 ano de reclusão e pagamento de 10 dias-multa, no mínimo a unidade. No tocante ao narcotráfico, também fixo a pena-base no mínimo, em 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, no mínimo a unidade. A quantidade da droga apreendida será considerada na terceira fase.

Na segunda fase não há agravante ou atenuante para ser considerada, permanecendo as penas acima lançadas.

Na terceira fase, para o crime de receptação, não há causas de aumento, nem de diminuição, tornando definitiva. Agora, considerando-se que foram duas as receptações praticadas, com base no artigo 71, *caput*, do Código Penal, aplico apenas uma dessas penas privativas de liberdade, aumentando-a, porém, de 1/6 (dois delitos), resultando em 1 ano e 2 meses de reclusão.

A pena pecuniária, nos termos do artigo 72 do Código Penal, é de 10 dias-multa para cada delito, que totalizadas resultam em 20 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Quanto ao narcotráfico, na terceira fase, embora o acusado seja primário e de bons antecedentes, considero a quantidade do entorpecente apreendida para deixar de aplicar o disposto no § 4º do art.33 da Lei n.º 11.343/06.

Considero também que o legislador, ao editar a nova lei de drogas, objetivou dar tratamento diferenciado ao traficante ocasional, representado por aquele que não faz do tráfico seu meio de vida, por merecer menor reprovabilidade e, conseqüentemente, tratamento mais benéfico do que o traficante habitual. Em outras palavras, para a situação do mercador



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

novato, aquele de pequena expressão, conhecido como "traficante de primeira viagem", como se pode classificar aquele que possui "estoque" diminuto para negociar durante curto período e, em regra, suprir o próprio vício. Portanto, para esse tipo de traficante é que a lei previu a benesse como forma de abrandar seu maior rigor punitivo.

A doutrina e a jurisprudência apontam situações caracterizadoras de atividades criminosas, tais como o fato de o agente estar respondendo a outros processos criminais, encontrar-se na posse de armas e apetrechos relacionados ao tráfico, como embalagens para porções individualizadas, balanças de precisão ou ainda quantidade e variedade de drogas apreendidas.

Logo, no caso em tela, inviável a aplicação do redutor, pois **o acusado foi surpreendido com grande quantidade de droga, bem como está sendo condenado pelo crime de receptação e foram encontrados em sua residência vários cheques e cartões bancários, sem prova da origem lícita, o que impede a afirmação que não se dedica às atividades criminosas.**

(...)

Tratando-se de crime equiparado a hediondo, o regime inicial para o cumprimento da pena de prisão é o fechado, por expressão da lei (art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990). Apesar da declaração de inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" constante do § 4º do art. 33, e da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direito", constante do art. 44, da Lei 11.343/2006 (STF, HC 97.256/RS), o caso dos autos não permite a substituição da pena de prisão por penas alternativas, pois, ausente está o requisito objetivo do art. 44, I, do Código Penal, que estabelece pena privativa de liberdade não superior a quatro anos, além de ausentes os requisitos subjetivos.

Descabida também a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quanto ao crime com pena inferior a quatro anos, nos termos do art. 69, § 1º, do Código Penal.

O réu está preso. Nego o direito ao recurso em liberdade (fls. 383/385) (grifou-se).

Inconformada, a Defesa interpôs recurso de apelação, no qual buscava a absolvição do réu, sob alegação de insuficiência probatória, ausência de dolo quanto ao delito de receptação e, em caráter subsidiário, pretendia o redimensionamento da pena e modificação do regime prisional imposto. A Corte bandeirante negou provimento ao recurso, valendo-se da seguinte fundamentação:

(...)

No mais, agiu com acerto a MM. Juíza ao afastar o redutor previsto no art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/06.

A incidência de tal minorante está condicionada ao preenchimento cumulativo dos requisitos legais, quais sejam, primariedade, bons antecedentes e que o agente não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

Na espécie, a prova circunstancial coligida aos autos revela que a conduta do sentenciado ultrapassa a do traficante ocasional, eventual,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sobretudo diante da apreensão de quase meio quilo de maconha, dois veículos automotores de origem espúria, além de títulos cambiais e cheques sem comprovação regular.

Respeitosamente, quantidades relevantes, como as dos presentes autos, são denotadoras de que o agente, para ter acesso a elas, incorporou-se à organização criminosa, critério jurisprudencial encontrável tanto no Col. Supremo Tribunal Federal (RHC 117.867/MG rel. Min. Luiz Fux j. 22.10.2013), quanto no E. STJ (AgRg no AREsp 359.220/MG rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura j. 3.9.2013 e AgRg no AREsp 180.580/MG mesma rel. j. 7.3.2013).

Não se há confundir a teleologia do redutor, voltado para infratores de menor potencial, o que não é o caso. Oportuno remeter ao escólio do E. Des. Geraldo Wohlers, da 3ª Câm. de Direito Criminal deste Tribunal de Justiça, no julgamento da Apel. n. 0001734-82.2010.8.26.0568, em 19.7.2011: "(...) A diminuição hoje admitida pelo artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 não está inquinada de inconstitucionalidade. Trata-se de mecanismo que fornece ao Magistrado maior amplitude e liberdade de atuação para aferir no caso concreto a retribuição penal a ser suportada pelo transgressor, prestigiando o princípio constitucional da individualização da pena, direito fundamental insculpido no artigo 5º, XLIV, da CF.

Todavia, referida redução não se mostra viável na medida em que se cuide de infração indicativa de alta periculosidade do agente. O propósito do legislador, certamente, não foi favorecer os traficantes de alto coturno. A *mens legis* da Lei nº 11.343/06 há de ter tido em vista, primordialmente, fornecedores ocasionais, que não denotam perseverança criminosa, hábito delinquencial ou gravíssimo comprometimento para a ordem social, a paz coletiva e a saúde da população em geral, virtudes certamente irreconhecíveis no imperdoável traficante de drogas que persevera nessa senda. Tanto, aliás, que o citado art. 33, § 4º, contém expressa referência, para fins de merecimento da redução condescendente, à exigência de que o agente "não se dedique às atividades criminosas".

Sabe-se que em termos repressivos o ditame constitucional é o de desestimular com energia o comércio ilegal de drogas; logo, o benefício trazido pela nova lei de regência, editada sob o mote de tornar mais rigoroso o tratamento penal que incide sobre o traficante, conflita, quando aplicado de modo indiscriminado, com a Constituição da República. Há, além da quebra do princípio de isonomia entre os condenados por outros crimes (especialmente pelos classificados como igualmente hediondos) e os condenados por tráfico de drogas, uma violação às disposições constitucionais e aos tratados internacionais que obrigam o Poder Público brasileiro à repressão efetiva do narcotráfico. A intelecção útil e legítima da norma sob análise só pode ser feita à luz da Carta Política, e nesse passo se conclui que a mercê foi estabelecida para dar solução excepcional a situações excepcionais" (*verbis*).

Igualmente adequado transcrever outro precedente, este relatado pelo Des. Luiz Antonio Cardoso, da 3ª Câm. Direito Criminal, no julgamento da Apel. Criminal n. 990.09.111160-0 comarca de Lucélia em 25.5.2010: "(...) essa causa de redução da pena deve incidir na excepcionalidade, em situações específicas, próprias, quando patente que o tráfico apurado cuidou-se apenas de um desvio na vida do réu, e não de uma contumácia, estilo, repetição de fato análogo, de uma rotina de proceder" (*verbis*).

Vê-se que as lições retro mencionadas, adequadas ao caso em tela, não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

admitem o benefício.

Por isso, ainda que ausentes condenações criminais anteriores, não seria caso de reconhecer o redutor, posto que as circunstâncias concretas da prática do crime e outros elementos probatórios revelam a dedicação à atividade criminosa (STF HC 109.172/MS rel. Min. Rosa Weber j. 11.9.2012).

No que tange ao regime penitenciário, o caso vertente apresenta peculiaridades que não autorizam a fixação de regime mais brando.

Explico.

Isso porque, o regime inicial de cumprimento de pena deve ser fixado de acordo com a somatória resultante das penas impostas em razão do concurso material de crimes, a qual, ainda que inferior a 8 anos, não autoriza imposição de programa mais brando para início da execução.

Guardadas as devidas proporções, outorgar regime menos severo só pela quantidade da reprimenda brindaria aquele que contribuiu decisivamente contra a ordem e saúde públicas com benefício que não se acha devidamente posto na lei do ponto de vista teleológico.

A obrigatoriedade do programa inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e os a ele equiparados foi declarada inconstitucional pelo Col. Pretório Excelso, em 27.6.2012, por ocasião do julgamento do HC 111.840/ES, no Pleno, rel. Min. Dias Toffoli.

Assim, a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Cód. Penal, bem como do art. 42 da Lei 11.343/2006, quando se tratar de delitos previstos nessa Lei (STJ HC 272.152/SP rel. Min. Marilza Maynard 6ª Turma J. 10.12.2013).

Destarte, a fixação do regime mais gravoso para o início do desconto da pena privativa de liberdade se justifica no caso em comento em virtude da natureza e relevante quantidade da substância entorpecente apreendida. (...)

Impossível olvidar a natureza da infração e os males que a mesma provoca no seio social, devendo o infrator experimentar repercussões objetivas acerca da censurabilidade de sua conduta. O art. 33, § 3º do Cód. Penal remete ao art. 59, do mesmo texto, para eleição do regime de cumprimento das penas, o qual, aliás, traz em seu bojo as consequências do delito como elemento informador.

(...)

Não se pode afirmar um direito subjetivo a regime mais favorável só pela dimensão da reprimenda corporal (art. 33, § 2º do CP), na medida em que a lei penal prevê, além deste, outros critérios para eleição do programa de reabilitação.

Por fim, não é caso de substituição das penas privativas de liberdade por restritiva de direitos.

O Col. Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 no ponto em que vedava, ao réu condenado por tráfico de entorpecentes, a conversão da pena privativa de liberdade em outra restritiva de direitos (HC n. 97.256, j. em 1.9.2010, rel. o Min. Ayres Britto).

Não obstante, a somatória da pena final calculada em patamar superior a 4 anos, o envolvimento com o mercado proscrito, as quantidades apreendidas, o clima de instabilidade social trazido pela traficância não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

coadunam com os requisitos legais delineados no incisos I e III do art. 44 do Cód. Penal.
(...) (fls. 482/494).

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 526/540).

A Defesa interpôs, então, recurso especial, o qual não ultrapassou o crivo da admissibilidade originária tendo em vista o reconhecimento de sua intempestividade.

Teria sido, ainda, apresentado recurso de agravo em recurso especial, na data de 31.7.2017. Compulsando os assentamentos processuais deste Superior Tribunal de Justiça ainda não consta nenhum registro quanto à mencionada insurgência.

No presente *mandamus*, aponta constrangimento ilegal diante da não aplicação da causa especial de redução de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, ao caso concreto.

Afirma que o paciente é pessoa idônea, primário e de bons antecedentes, advogado militante e pai de família. Não tendo qualquer envolvimento anterior com práticas delitivas, sustenta ser absurda a conclusão de que se dedica a atividades criminosas.

Ressalta que o acusado preenche todos os requisitos necessários ao deferimento da benesse pretendida, não podendo o julgados criar óbices quando o legislador não os estipulou.

Obtempera que critérios como as circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do Código Penal ou a quantidade de entorpecentes apreendidos, não podem servir de base para determinar a fração do redutor, diante da ausência de previsão legal.

Acrescenta que "quanto as folhas de cheque e cartões bancários encontrados, não provou o Ministério Público que foram adquiridos através da mercancia de drogas, muito pelo contrário, foram encontrados dentro da pasta de clientes do seu escritório, sendo também produto de Roubo, cujo processo o paciente atuou como Advogado do réu, Lucas Rafael Silva do Nascimento, ou seja, os cartões e cheques apreendidos estavam armazenados em pasta de clientes, sequer foram depositados em conta da sua titularidade ou de outrem, o que reforça suas assertivas nos autos." (fl. 13).

Alega que a quantidade de entorpecentes não é relevante e tampouco denota envolvimento com organização criminosa.

Não havendo, a seu ver, qualquer circunstância que denote o envolvimento do paciente com as práticas ilícitas, caberia a redução da pena e estabelecimento de regime aberto para início de seu cumprimento.

Assere que a soltura do acusado não ocasiona qualquer dano à sociedade.

Requer, liminarmente, a revogação da prisão preventiva e o recebimento deste *mandamus* como substitutivo de recurso especial.

No mérito, requer a concessão da ordem para aplicar à reprimenda a causa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

redução prevista o art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, no patamar máximo, e alterar o regime de desconto da pena para o menos gravoso, substituindo a sanção corporal por medidas restritivas de direitos.

Cumpre destacar que estes autos foram distribuídos à minha relatoria por prevenção do HC n.º 346.416/SP, também manejado em favor do ora paciente, no qual insurgia-se conta o indeferimento de pleito liminar no Tribunal de Justiça e que foi julgado prejudicado diante do superveniente exame do mérito da impetração originária.

A liminar foi indeferida às fls. 568/575.

Foram prestadas informações às fls. 580/667 e 669/730.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral Ana Borges Coêlho Santos, pelo não conhecimento do *writ* (fls. 732/736).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 415.305 - SP (2017/0228410-6)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICAVA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS E INTEGRAVA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. SIGNIFICATIVA QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. Concluído pelas instâncias de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas e integrava organização criminosa, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.

2. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 6 anos e 2 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

3. Embora a reprimenda final seja inferior a 8 anos, escorreita a eleição do regime inicial fechado, porquanto as circunstâncias do caso em testilha demonstram que regime inicial mais brando não seria suficiente para a reprovação e a prevenção do delito em comento, haja vista que a empreitada criminosa envolveu significativa quantidade de substância entorpecente – quase meio quilo de maconha (art. 42 da Lei n.º 11.343/06). Não há falar, pois, em constrangimento ilegal.

4. *Habeas corpus* denegado.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Busca-se, por meio da presente impetração, a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, bem como a alteração do regime inicial de cumprimento de pena.

Mister sublinhar que o art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Para melhor deslinde da controvérsia, cumpre transcrever excerto da sentença condenatória:

Quanto ao narcotráfico, na terceira fase, embora o acusado seja primário e de bons antecedentes, considero a quantidade do entorpecente apreendida para deixar de aplicar o disposto no § 4º do art.33 da Lei n.º 11.343/06.

Considero também que o legislador, ao editar a nova lei de drogas, objetivou dar tratamento diferenciado ao traficante ocasional, representado por aquele que não faz do tráfico seu meio de vida, por merecer menor reprovabilidade e, conseqüentemente, tratamento mais benéfico do que o traficante habitual. Em outras palavras, para a situação do mercador novato, aquele de pequena expressão, conhecido como "traficante de primeira viagem", como se pode classificar aquele que possui "estoque" diminuto para negociar durante curto período e, em regra, suprir o próprio vício. Portanto, para esse tipo de traficante é que a lei previu a benesse como forma de abrandar seu maior rigor punitivo.

A doutrina e a jurisprudência apontam situações caracterizadoras de atividades criminosas, tais como o fato de o agente estar respondendo a outros processos criminais, encontrar-se na posse de armas e apetrechos relacionados ao tráfico, como embalagens para porções individualizadas, balanças de precisão ou ainda quantidade e variedade de drogas apreendidas.

Logo, no caso em tela, inviável a aplicação do redutor, pois **o acusado foi surpreendido com grande quantidade de droga, bem como está sendo condenado pelo crime de receptação e foram encontrados em sua residência vários cheques e cartões bancários, sem prova da origem lícita, o que impede a afirmação que não se dedica às atividades criminosas** (fl. 384) (grifou-se).

A Corte de origem, por sua vez, assim se manifestou:

A incidência de tal minorante está condicionada ao preenchimento cumulativo dos requisitos legais, quais sejam, primariedade, bons antecedentes e que o agente não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

Na espécie, a prova circunstancial coligida aos autos revela que a conduta do sentenciado ultrapassa a do traficante ocasional, eventual, sobretudo diante da apreensão de quase meio quilo de maconha, dois veículos automotores de origem espúria, além de títulos cambiais e cheques sem comprovação regular.

Respeitosamente, quantidades relevantes, como as dos presentes autos, são denotadoras de que o agente, para ter acesso a elas, incorporou-se à organização criminosa, critério jurisprudencial encontrável tanto no Col. Supremo Tribunal Federal (...) (fls. 482/483).

Verifica-se, dessarte, que as instâncias de origem concluíram, com arrimo em elementos concretos dos autos, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

integrava organização criminosa, o que não pode ser revisto sem o necessário revolvimento fático-probatório, inviável nesta sede, angusta por excelência. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. INVIABILIDADE DE INCIDÊNCIA DO REDUTOR. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. (...) HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

- 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 as circunstâncias do delito permitem aferir que o agente se dedica a atividades criminosas.

- No caso, extrai-se que o Tribunal a quo formou sua convicção com base nos elementos fáticos constantes dos autos para não aplicar a redutora do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, por entender que o paciente se dedicava à atividade criminosa, tendo em vista a variedade de droga apreendida (ecstasy, LSD e maconha), bem como as circunstâncias do delito - a quantia apreendida de R\$ 390,00 no seu veículo e, conforme fls. 489, foram encontrados um revólver calibre 38, uma espingarda calibre 12, uma carabina calibre 20, 14 cartuchos calibre 38, 8 cartuchos calibre 12, 4 cartuchos calibre 20 e 3 estojos calibre 20.

- Desconstituir tais assertivas demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via estreita do habeas corpus.

(...)

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 378.135/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 24/02/2017)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. MOTIVOS DIVERSOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. Não há falar em bis in idem na dosimetria da pena, haja vista que a exasperação da pena-base deu-se em razão da quantidade da substância entorpecente apreendida, e a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, por sua vez, foi negada por entender o Colegiado estadual, com base nas circunstâncias do caso concreto, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, motivos diversos, pois.

2. Concluído pelo Tribunal a quo, com arrimo nos fatos da causa, que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o paciente dedicava-se às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

3. Devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado, com base nas circunstâncias do caso concreto, em especial a expressiva quantidade e a variedade das drogas apreendidas - 3.481, 89 g de cocaína acondicionadas em 5.696 sacos plásticos transparentes e 79,13 g de maconha acondicionadas em 42 sacos plásticos transparentes (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

4. Habeas corpus denegado.

(HC 384.720/RJ, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 24/02/2017)

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. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. INADMISSÍVEL NA VIA ELEITA. (...) WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)

2. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

3. Concluído pela instância ordinária, com fulcro na quantidade e natureza da droga apreendida, assim como nos demais elementos colhidos na instrução, que o paciente se dedica habitualmente ao tráfico de entorpecentes, a modificação desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. Precedentes.

(...)

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 376.897/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017)

No que tange à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, imperativo transcrever o comando de regência da matéria, previsto no Código Penal:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso em tela, a reprimenda final do paciente foi fixada em 6 anos e 2 meses de reclusão, ultrapassando, portanto, o limite legal para incidência da benesse nos crimes dolosos. Assim, de acordo com a disciplina do instituto da pena restritiva de direitos, tem-se que não é possível o atendimento da pretensão deduzida no presente *writ*. Nesta senda:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. (...) SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL INVIÁVEL. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

- Uma vez que a pena final foi fixada em patamar superior a 4 anos, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, por ausência dos requisitos previstos no art. 44 do CP. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, redimensionando-se as penas do paciente para 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 382.241/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 10/03/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. (...) SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REPRIMENDA SUPERIOR A 4 ANOS (ART. 44, I, DO CP). WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

4. É incabível a substituição de pena privativa de liberdade superior a 4 anos por restritivas de direitos, nos termos do art. 44, I, do CP.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto no cumprimento da pena.

(HC 373.574/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 10/02/2017)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. (...) SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO, DE OFÍCIO. SANÇÃO REDIMENSIONADA.

(...)

10. Uma vez que o paciente foi condenado a reprimenda superior a 4 anos de reclusão e ostenta circunstância judicial desfavorável (tanto que a sua pena-base ficou estabelecida acima do mínimo legal),



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dúvidas não há de que o regime inicial fechado é, efetivamente, o que se mostra o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 33, § 2º, "a", e § 3º, do Código Penal.

11. Não há como ser concedida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos a condenado ao cumprimento de reprimenda superior a 4 anos de reclusão, por ausência de preenchimento do requisito objetivo.

12. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para redimensionar a reprimenda do paciente, nos termos do voto do relator.

(HC 338.379/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 16/12/2016)

No tocante ao regime inicial de cumprimento de pena, cumpre destacar que a estipulação do regime inicial fechado - contida no § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072, que fora alterado pela Lei n.º 11.464/07 - foi superada pelo Pretório Excelso, órgão responsável pela análise de compatibilidade das leis com a Constituição Federal, em decisões recentes. A esse respeito, confira-se o teor do Informativo n.º 569 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

A Turma, superando a restrição fundada no Enunciado 691 da Súmula do STF, concedeu habeas corpus a condenado pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33) para determinar que tribunal de justiça substitua a pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos ou, havendo reversão, que o início do cumprimento da pena privativa de liberdade se dê no regime aberto. Assentou-se que a quantidade de pena imposta - 3 anos -, não constando circunstâncias desfavoráveis ao paciente, que não registra antecedentes, permitiria não só que a pena tivesse início no regime aberto (CP, art. 33, § 2º, c), mas, também, a substituição por pena restritiva de direitos (CP, art. 44, § 2º, segunda parte). HC 101291/SP, Rel. Min. Eros Grau, 24.11.2009. (HC-101291)

O citado *writ* possui esta ementa:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO MAIS GRAVE DO QUE O PREVISTO EM LEI. DIREITO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EXCEÇÃO À SÚMULA 691.

Tráfico de entorpecentes. Fixação da pena. Circunstâncias judiciais favoráveis. Pena fixada em quantidade que permite a substituição da privação de liberdade por restrição de direitos ou o início do cumprimento da pena no regime aberto. Imposição, não obstante, de regime fechado. Constrangimento ilegal a ensejar exceção à Súmula 691/STF. Ordem concedida. (HC n.º 101.291/SP; Relator(a): Ministro Eros Grau; Julgamento: 24/11/2009; Segunda Turma; DJe-027 - 12-02-2010)

Diante disso, a Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantum de pena aplicado, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal (HC n.º 118.776/MG, da relatoria do Ministro Nilson Naves, julgado em 18.3.2010), bem como a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Registre-se, por oportuno, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, em sessão extraordinária realizada no dia 27.6.2012, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07. Confira-se:

"Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei n.º 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei n.º 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, com a redação dada pela Lei n.º 11.464/07, o qual determina que *"a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado"*. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito **ex nunc**, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado." (HC n.º 111.840/ES; Relator(a): Ministro Dias Toffoli; Julgamento: 27/06/2012; Tribunal Pleno)

Assim, restou superada pela Suprema Corte e por este Tribunal Superior a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Eis o que consignou o Colegiado estadual acerca do regime prisional:

No que tange ao regime penitenciário, o caso vertente apresenta peculiaridades que não autorizam a fixação de regime mais brando.

Explico.

Isso porque, o regime inicial de cumprimento de pena deve ser fixado de acordo com a somatória resultante das penas impostas em razão do concurso material de crimes, a qual, ainda que inferior a 8 anos, não autoriza imposição de programa mais brando para início da execução.

Guardadas as devidas proporções, outorgar regime menos severo só pela quantidade da reprimenda brindaria aquele que contribuiu decisivamente contra a ordem e saúde públicas com benefício que não se acha devidamente posto na lei do ponto de vista teleológico.

A obrigatoriedade do programa inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e os a ele equiparados foi declarada inconstitucional pelo Col. Pretório Excelso, em 27.6.2012, por ocasião do julgamento do HC 111.840/ES, no Pleno, rel. Min. Dias Toffoli.

Assim, a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Cód. Penal, bem como do art. 42 da Lei 11.343/2006, quando se tratar de delitos previstos nessa Lei (STJ HC 272.152/SP rel. Min. Marilza Maynard 6ª Turma J. 10.12.2013).

Destarte, a fixação do regime mais gravoso para o início do desconto da pena privativa de liberdade se justifica no caso em comento em virtude da natureza e relevante quantidade da substância entorpecente apreendida. (...) (fls. 486/488).

Na espécie, entretanto, verifica-se que não há ilegalidade a ser sanada, tendo em vista que a empreitada criminoso envolveu expressiva quantidade de substância entorpecente – quase meio quilo de maconha (423,72 g) (fl. 18).

É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/06, no sentido de que o juiz "na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

Não há falar, pois, em constrangimento ilegal. Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006 AFASTADA SEM JUSTIFICATIVA. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. REGIME FECHADO. QUANTIDADE E VARIEDADE DA DROGA. FUNDAMENTOS VÁLIDOS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM 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.

2. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade.

3. 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 diminuída, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.

4. Hipótese em que o Tribunal de origem negou a aplicação da referida minorante ao paciente, réu primário, sem apresentar justificativa alguma, o que caracteriza manifesta ilegalidade, e confere-lhe o direito da redução da pena no grau máximo, sobretudo porque ausentes outros elementos que indique sua habitualidade delitiva.

5. Embora o paciente seja primário e a pena aplicada seja inferior a oito anos (4 anos e 8 meses de reclusão pela aplicação da regra do concurso material entre os delitos de tráfico de drogas e posse irregular de arma de fogo), revela-se correta a imposição do regime inicial fechado com fundamento na expressiva e na diversidade de entorpecentes apreendidos (6 tijolos e 3 porções de maconha e 6 papelotes de cocaína), conforme assentado pelo Tribunal de origem, nos termos do art. 33 do CP e 42 da Lei de Drogas.

6. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

7. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena pelo crime de tráfico de drogas para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão mais o pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa.

(HC 375.961/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 17/02/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do paciente.

2. A aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 depende do convencimento do Magistrado de que o apenado, primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades delituosas nem integre organização criminosa.

In casu, o entendimento registrado pela origem está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior, firmada no sentido de que a quantidade, a variedade e a natureza da droga apreendida, pressupõem a dedicação à atividade criminosa, revelando-se suficiente afastar a aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, em sua maior fração.

3. A reforma do entendimento da instância ordinária, quanto à dedicação do paciente às atividades criminosas, constitui matéria que refoge ao restrito escopo do habeas corpus, porquanto demanda percuente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

4. O STF, no julgamento do HC n. 111.840/ES, declarou 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 deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do Código Penal - CP.

5. Na hipótese dos autos, embora as circunstâncias judiciais tenham sido consideradas favoráveis e o paciente seja primário, a quantidade e a natureza da droga apreendida - 121 pedras de crack, 49 eppendorfs de cocaína, 6 tabletes e 1 filete de maconha - utilizadas na terceira fase da dosimetria para afastar a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º da Lei de Drogas, justificam a fixação do regime prisional mais gravoso. Precedentes.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 377.156/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 10/02/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXPRESSIVA QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

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 Superior Tribunal de Justiça. Contudo, ante as alegações expostas na inicial, afigura-se razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constrangimento ilegal.

2. A aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 depende do convencimento do Magistrado de que o apenado, primário e de bons antecedentes, não se dedique às atividades delituosas nem integre organização criminosa.

O fundamento utilizado pelo Tribunal de origem para afastar a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.

11.343/06 está em consonância com o entendimento desta Corte, eis que escorado nas circunstâncias do delito e sobretudo na grande quantidade e variedade de drogas apreendidas (5kg de maconha e 8g de crack), que evidencia a dedicação do paciente à atividade criminosa.

3. A reforma do entendimento das instâncias ordinárias quanto à dedicação do apenado à atividade criminosa constitui matéria que refoge ao restrito escopo do habeas corpus, porquanto demanda percuente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

4. Não há falar em ilegalidade na fixação do regime prisional fechado, uma vez que a quantidade de droga apreendida - 5kg de maconha e 8g de crack - (art. 42 da Lei n. 11.343/06) demonstra a gravidade concreta do delito, justificando a imposição do regime inicial fechado. Além do mais, a presença de circunstância judicial desfavorável autoriza o regime prisional mais gravoso, em decorrência da disposição contida no art. art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal 5. O entendimento consignado pelo Tribunal de origem quanto à negativa de substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, ante a ausência de preenchimento dos requisitos previstos no art. 44, inciso I, do Código Penal, está em consonância com a jurisprudência desta Corte.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 373.208/MS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 13/12/2016)

Assim, embora a reprimenda final seja inferior a 8 anos, penso ser necessária uma resposta penal mais efetiva, como forma de retribuição proporcional à gravidade da conduta, porquanto as circunstâncias do caso em testilha demonstram que regime inicial mais brando não seria suficiente para a reprovação e a prevenção do delito em comento.

Ante o exposto, **denego a ordem**.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0228410-6

HC 415.305 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00309603520158260576 20160000136561 20170000040458 20170000219342
224803620158260000 309603520158260576

EM MESA

JULGADO: 24/10/2017

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARCELO MACHADO DE MELO
ADVOGADO : MARCELO MACHADO DE MELO - SP0351947
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIZ DO CARMO FERRARI (PRESO)

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

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, denegou a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.