



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 385.941 - SP (2017/0012066-8)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIEL DURVAULT ROITBERG - RJ168348
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RENATO SANTOS ALMEIDA (PRESO)
PACIENTE : JOAO PAULO DE SOUSA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. INTERROGATÓRIO. INÍCIO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. PROCEDIMENTO ESPECIAL DA LEI N.º 11.343/06. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. PENA-BASE. REDUÇÃO. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PROVIDÊNCIAS INÓCUAS. SÚMULA N.º 231/STJ. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE OS PACIENTES DEDICAVAM-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. Não há falar em nulidade em razão da ocorrência do interrogatório como primeiro ato da audiência de instrução e julgamento. Ao contrário do que ocorre no procedimento comum – ordinário, sumário e sumaríssimo –, no especial rito da Lei n.º 11.343/2006, o interrogatório é realizado no limiar da audiência de instrução e julgamento.

2. Embora a pena-base não tenha sido fixada no mínimo legal, é de ver que a incidência da atenuante da menoridade relativa reduziu o *quantum* de pena ao seu mínimo (5 anos de reclusão). Assim, verifica-se que as providências ora pleiteadas, de redução da pena-base e reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, seriam inócuas, no caso em testilha, em razão da incidência da Súmula n.º 231 deste Superior Tribunal de Justiça.

3. Concluído pela Corte de origem, com arrimo nos fatos da causa, que os pacientes dedicavam-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*.

4. 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 5 anos de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

5. Devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado, com



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

base nas circunstâncias do caso concreto, em especial a quantidade, a natureza e a variedade das drogas apreendidas – 23 invólucros de maconha, 87 invólucros de *crack*, 41 invólucros de cocaína e 19 frascos de lança-perfume (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006) –, não há constrangimento ilegal a ser sanado. 6. *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.

Brasília, 27 de abril de 2017(Data do Julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 385.941 - SP (2017/0012066-8)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIEL DURVAULT ROITBERG - RJ168348
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RENATO SANTOS ALMEIDA (PRESO)
PACIENTE : JOAO PAULO DE SOUSA (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de RENATO SANTOS ALMEIDA e JOÃO PAULO DE SOUSA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (0009086-33.2014.8.26.0348).

Depreende-se dos autos que os pacientes foram condenados, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 250 dias-multa, pela prática do delito descrito no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 (fls. 60/70).

Inconformados, a Defesa e o Ministério Público interpuseram recurso de apelação, tendo a Corte de origem negado provimento ao apelo defensivo e dado parcial provimento ao recurso ministerial, a fim de afastar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, redimensionando a pena dos pacientes para 5 anos de reclusão, mantido o regime inicial fechado, e 500 dias-multa, em acórdão assim fundamentado:

Mantidas as condenações, passa-se às penas.

As básicas foram exasperadas em razão da natureza da droga apreendida — cocaína, inclusive na forma de *crack*.

Afirma a defesa que a substância em questão tem viciante inferior a outras drogas, poder de letalidade também inferior a outras substâncias, inclusive lícitas. Tece considerações sobre o poder viciante de vegetais e até placebos, bem assim a possibilidade de overdose, inclusive pela exagerada ingestão de água.

Nada disso elide, porém, o inegável fato de a cocaína, na forma de *crack*, se tratar de substância de mais alta lesividade, tanto fisiológica quanto social. Quanto à natureza do *crack*, elucidativo o seguinte julgado, emanado desta Colenda 4.ª Câmara Criminal:

(...)

Nessa medida, era mesmo de rigor a elevação da a pena-base nos termos do art. 42, da Lei n.º 11.343/06, em razão da natureza da droga. A mesma senda, quanto à aludida circunstância, tem sido trilhada pelo Superior Tribunal de Justiça.

(...)

Em seguida, tonaram as penas aos seus patamares mínimos por força da atenuante da menoridade relativa, comum aos réus.

Não prospera o pleito de reconhecimento da confissão espontânea.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto a Renato, embora tenha admitido a prática dos fatos em solo policial, retratou-se em juízo, não fazendo jus, portanto, à atenuante da confissão.

(...)

Da mesma forma, embora o tenha feito em juízo, João Paulo buscou isentar seu assecla de responsabilidade, tratando-se, portanto, da famigerada confissão parcial ou qualificada, que não se mostra apta a configurar a pretendida atenuante.

(...)

Assim, a despeito do entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, segue-se aqui a Suprema Corte Pátria.

De outro lado, não deve persistir a causa de diminuição aplicada na origem.

Isso porque, a despeito da primariedade dos réus, não se tratam eles de neófitos ou "pequenos traficantes" na prática do tráfico de drogas (a quem a benesse deve ser dirigida).

Ao revés, há elementos nos autos que indicam dedicação ao narcotráfico e certa imersão na espúria mercancia, uma vez que tinham posse de grande variedade de drogas, (maconha, cocaína, *crack* e lança perfume), e em quantidade elevada, totalizando 170 porções de entorpecentes, evidenciando certo grau de envolvimento na odiosa engrenagem do tráfico, pois a ninguém que se aventura pela primeira vez em tal prática é dada tamanha confiança por seus "pares".

Insustentável, assim, a minorante em questão.

(...)

Frise-se, ademais, que a consideração da quantidade e variedade de drogas nesta fase não implicam em *bis in idem*, uma vez que a básica foi elevada em função da natureza da substância; ademais, trata-se de questão, como se viu, sufragada o Superior Tribunal de Justiça.

E, uma vez não satisfeitos os requisitos da causa de diminuição, descabem quaisquer considerações sobre sua sugerida inconstitucionalidade.

Dito isso, afastada a minorante, obtêm-se as penas de 05 anos de reclusão e 500 dias-multa, no piso legal.

O regime inicial fechado era mesmo o único adequado. As penas, agora, superam 04 anos, e o foram consideradas circunstâncias judiciais desfavoráveis, consistentes na natureza da droga, de forma que o regime cabível é o fechado, a teor do art. 33, § 3.º, do Código Penal.

Demais disso, sua variedade e quantidade foram determinantes para o afastamento da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06.

(...)

A pretendida substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos esbarra no quantum de reprimenda: superior a 04 anos.

(...)

Ante o exposto, pelo meu voto, rejeito a preliminar; nego provimento ao recurso da defesa e dou provimento ao apelo ministerial, a fim de afastar a minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, redimensionando as penas de ambos os réus para 05 anos de reclusão, mantido o regime inicial fechado, e 500 dias-multa, no piso legal (fls. 49/59).

No presente *writ*, o impetrante defende, inicialmente, a nulidade do feito, pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fato de o interrogatório do réu ter sido o primeiro ato da instrução.

Sustenta, ainda, a ilegalidade da fixação da pena-base acima do mínimo legal em razão da natureza das drogas apreendidas.

Alega que deve incidir, na espécie, a atenuante da confissão espontânea e que o fato de ter sido parcial não impede o seu reconhecimento.

Pondera, ademais, que deve ser aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, bem como alterado o regime inicial de cumprimento de pena e substituída da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Requer, liminarmente e no mérito, a anulação do processo e, subsidiariamente, a redução da pena fixada, nos moldes acima descritos, bem como a alteração do regime inicial e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida às fls. 75/80.

Foram prestadas informações às fls. 87/109.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Rogério de Paiva Navarro, preliminarmente, pelo não conhecimento do *writ* e, no mérito, pela denegação da ordem (fls. 112/118).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 385.941 - SP (2017/0012066-8)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. INTERROGATÓRIO. INÍCIO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. PROCEDIMENTO ESPECIAL DA LEI N.º 11.343/06. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. PENA-BASE. REDUÇÃO. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PROVIDÊNCIAS INÓCUAS. SÚMULA N.º 231/STJ. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE OS PACIENTES DEDICAVAM-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. Não há falar em nulidade em razão da ocorrência do interrogatório como primeiro ato da audiência de instrução e julgamento. Ao contrário do que ocorre no procedimento comum – ordinário, sumário e sumaríssimo –, no especial rito da Lei n.º 11.343/2006, o interrogatório é realizado no limiar da audiência de instrução e julgamento.

2. Embora a pena-base não tenha sido fixada no mínimo legal, é de ver que a incidência da atenuante da menoridade relativa reduziu o *quantum* de pena ao seu mínimo (5 anos de reclusão). Assim, verifica-se que as providências ora pleiteadas, de redução da pena-base e reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, seriam inócuas, no caso em testilha, em razão da incidência da Súmula n.º 231 deste Superior Tribunal de Justiça.

3. Concluído pela Corte de origem, com arrimo nos fatos da causa, que os pacientes dedicavam-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*.

4. 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 5 anos de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

5. Devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado, com base nas circunstâncias do caso concreto, em especial a quantidade, a natureza e a variedade das drogas apreendidas – 23 invólucros de maconha, 87 invólucros de *crack*, 41 invólucros de cocaína e 19 frascos de lança-perfume (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006) –, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

6. *Habeas corpus* denegado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Sobre a apontada nulidade decorrente da suposta inversão na ordem procedimental, em razão do que teria havido violação ao princípio constitucional da ampla defesa, visto que o interrogatório fora colhido, não ao cabo do rito, mas em seu limiar, é fundamental ter em linha de consideração a disciplina inserta na Lei n.º 11.343/2006.

Da leitura dos artigos 54/59 da Lei de Drogas, é patente a existência de procedimento especial, em que algumas especificidades avultam. O prazo para o oferecimento da denúncia, é de dez dias, solto ou preso o réu. Ademais, é possível que sejam arroladas apenas cinco testemunhas.

Acerca da audiência de instrução, é salutar a transcrição do artigo 57:

Art. 57. Na audiência de instrução e julgamento, após o interrogatório do acusado e a inquirição das testemunhas, será dada a palavra, sucessivamente, ao representante do Ministério Público e ao defensor do acusado, para sustentação oral, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por mais 10 (dez), a critério do juiz.

Parágrafo único. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.

Com a reforma processual penal, trazida pela Lei 11.719/2008, no procedimento comum – ordinário (CPP, artigo 400); sumário (CPP, artigo 531); e sumaríssimo (artigo 81 da Lei 9.099/1995) –, de fato, o interrogatório é o último ato da audiência de instrução e julgamento, antes dos debates.

Contudo, o procedimento da Lei de Drogas não é o comum, mas um daqueles que compõe o repertório dos especiais. Daí, justifica-se, até que eventual alteração legislativa seja efetivada, que o interrogatório seja realizado no início da audiência de instrução e julgamento.

Nesse sentido:

AGRAVOS REGIMENTAIS EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. (...) INTERROGATÓRIO. ATO INICIAL DA INSTRUÇÃO. RITO ESPECIAL. LEI N. 11.343/2006. PREVALÊNCIA.

(...)

4. No caso de crime previsto na Lei de Drogas, não há nulidade na realização do interrogatório no início da instrução processual. O rito previsto pela Lei n. 11.343/2006, por ter natureza especial, prevalece sobre a previsão de caráter geral do art. 400 do Código de Processo Penal.

5. Não conhecido o agravo regimental interposto por meio da Petição



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

n. 450.247/2016, porém parcialmente conhecido o agravo regimental manifestado pela Petição n. 450.206/2016 e, nessa extensão, improvido.

(AgRg no REsp 1505705/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 08/11/2016, DJe 21/11/2016)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. INTERROGATÓRIO REALIZADO ANTES DA OITIVA DAS TESTEMUNHAS. NULIDADE. AUSÊNCIA. RITO PREVISTO N LEI N. 11.343/06. QUANTIDADE E QUALIDADE DO ENTORPECENTE. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. ATENUANTE DA CONFISSÃO. REDUÇÃO PARA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. MINORANTE DO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI N. 11.343/06. AFASTAMENTO. RÉUS INTEGRANTES DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. TRANSNACIONALIDADE DO DELITO. AUMENTO DA PENA. APLICAÇÃO. RECURSO IMPROVIDO.

1. Os acusados pelo cometimento do delito de tráfico de drogas devem observar o rito estabelecido na Lei 11.343/2006, haja vista seu caráter específico em relação ao Código de Processo Penal, não havendo nulidade no interrogatório dos réus ocorrido antes da oitiva das testemunhas, porquanto de acordo com o regramento contido no artigo 57 da Lei de drogas.

2. Em se tratando de crime de tráfico de drogas é pacífico no âmbito deste Sodalício o entendimento de que a fixação da reprimenda básica deve valorar, com preponderância sobre as demais circunstâncias judiciais, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, conforme o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

3. É assente que na segunda fase da dosimetria da pena deve-se observar os limites mínimo e máximo cominados.

4. Integrando os réus organização criminosa, resta impossibilitada incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no §4º do artigo 33 da Lei de Drogas.

5. A majorante do artigo 40, I, da Lei n. 11.343/2006, em razão da transnacionalidade do delito, pode ser aplicada em conjunto com o artigo 33 da referida norma, porquanto justificada por fundamento diverso.

6. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1357261/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 17/09/2015, DJe 01/10/2015)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. TRÁFICO DE DROGAS. INTERROGATÓRIO. ART. 57 DA LEI N. 11.343/06. ART. 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. (...) HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio, ressaltando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

- A alegada nulidade em razão de o interrogatório da ré ter sido realizado antes da oitiva das testemunhas não foi apreciada pelo Tribunal. Assim, a sua análise diretamente por esta Corte acarreta indevida supressão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de instância. Mesmo que ultrapassado esse óbice, a tese da defesa não se sustenta, pois, nos delitos de tráfico de drogas, o interrogatório do réu é feito antes da oitiva das testemunhas, nos termos do art. 57 da Lei n. 11.343/06 que, por se tratar de norma de caráter especial, deve prevalecer sobre o art. 400 do Código de Processo Penal (procedimento comum ordinário).

(...)

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar ao Juízo das Execuções que, a partir de dados concretos, decida acerca da possibilidade de fixar ao paciente regime inicial mais brando para o cumprimento da pena.

(HC 218.758/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 18/08/2015, DJe 04/09/2015)

Dessarte, não há falar em ilegalidade em razão da realização do interrogatório no início da audiência de instrução e julgamento.

No tocante aos pleitos de fixação da pena-base no mínimo legal e de aplicação da atenuante da confissão espontânea, melhor sorte não assiste aos pacientes.

Com efeito, embora a pena-base não tenha sido fixada no mínimo legal, é de ver que a incidência da atenuante da menoridade relativa reduziu o *quantum* de pena ao mínimo (5 anos de reclusão). Assim, verifica-se que as providências ora pleiteadas, de redução da pena-base ao mínimo legal e reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, seriam inócuas, no caso em testilha.

Com efeito, é assente nesta Corte Superior de Justiça o entendimento de que a fixação da pena privativa de liberdade no seu mínimo, impede seja considerado qualquer efeito jurídico resultante da incidência de atenuante para autorizar sua diminuição aquém daquele patamar.

A propósito, confira-se o enunciado nº 231 da súmula desta Corte Superior de Justiça, *in verbis*:

A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

No mais, 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.

Para melhor deslinde da controvérsia, cumpre transcrever excerto do acórdão proferido em sede de apelação:

(...) não deve persistir a causa de diminuição aplicada na origem.

Isso porque, a despeito da primariedade dos réus, não se tratam eles de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

neófitos ou "pequenos traficantes" na prática do tráfico de drogas (a quem a benesse deve ser dirigida).

Ao revés, há elementos nos autos que indicam dedicação ao narcotráfico e certa imersão na espúria mercancia, uma vez que tinham posse de grande variedade de drogas, (maconha, cocaína, *crack* e lança perfume), e em quantidade elevada, totalizando 170 porções de entorpecentes, evidenciando certo grau de envolvimento na odiosa engrenagem do tráfico, pois a ninguém que se aventura pela primeira vez em tal prática é dada tamanha confiança por seus "pares" (fls. 53/54).

Verifica-se, dessarte, que a Corte de origem concluiu, com arrimo em elementos concretos dos autos, que os pacientes dedicavam-se às atividades criminosas, 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

No caso em tela, a reprimenda final dos pacientes foi fixada em 5 anos 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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), 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)

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, o Tribunal *a quo* assim se manifestou:

O regime inicial fechado era mesmo o único adequado. As penas, agora, superam 04 anos, e o foram consideradas circunstâncias judiciais desfavoráveis, consistentes na natureza da droga, de forma que o regime cabível é o fechado, a teor do art. 33, § 3.º, do Código Penal.

Demais disso, sua variedade e quantidade foram determinantes para o afastamento da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06 (fls. 55/56).

Na espécie, verifica-se que o regime inicial fechado foi fixado em razão das circunstâncias do caso concreto, tendo o Colegiado estadual destacado a quantidade, a natureza e a diversidade das drogas apreendidas – 23 invólucros de maconha, 87 invólucros de *crack*, 41 invólucros de cocaína e 19 frascos de lança-perfume – (fl. 60).

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".

Nesse diapasão, o Tribunal de origem entendeu ser necessária uma resposta penal mais efetiva, como forma de retribuição proporcional à gravidade da conduta, porquanto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Assim, devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado, com base em dados concretos constantes dos autos, não há ilegalidade a ser sanada. 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.

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 papélotes 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 percuciente 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)

Tem-se, pois, que a irresignação não merece prosperar.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0012066-8

HC 385.941 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00090863320148260348 20160000676639 90863320148260348

EM MESA

JULGADO: 27/04/2017

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: DANIEL DURVAULT ROITBERG - RJ168348
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: RENATO SANTOS ALMEIDA (PRESO)
PACIENTE	: JOAO PAULO DE SOUSA (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.