



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 370.471 - SC (2016/0237076-5)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
IMPETRANTE : ALESSANDRO MARCELO DE SOUSA
ADVOGADO : ALESSANDRO MARCELO DE SOUSA - SC016856
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : JAIRÓ INACIO MARCELLINO

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. NÃO INCIDÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício

II - Os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 (primariedade, bons antecedentes, não dedicação à atividades criminosas ou não participação em organização criminosa) são de observância cumulativa para a incidência dessa causa especial de diminuição de pena. É o caso dos autos, haja vista a dedicação a atividades criminosas, evidenciada pelo conjunto probatório dos autos, bem como pela quantidade de droga apreendida (conforme a r. sentença - 933 comprimidos de ecstasy).

III - Nos crimes tipificados na Lei 11.343/06, por força do art. 42 da Lei 11.343/06, a quantidade e a natureza da droga podem influenciar na fixação de regime prisional mais gravoso do que o admitido em função do **quantum** de pena, desde que seja considerada na dosimetria, uma vez que o estabelecimento do regime de cumprimento de pena é decorrência lógica dessa operação, conforme determinam os artigos 33, §§ 2º e 3º, e 59, do Código Penal. É o caso dos autos, em que o paciente foi condenado à pena de 5 anos de reclusão, é primário, mas a quantidade e a natureza da droga foram relevantes para afastar a causa especial de diminuição de pena.

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 17 de novembro de 2016 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 370.471 - SC (2016/0237076-5)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em favor de JAIRO INACIO MARCELLINO, em face de v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso nas sanções do artigo 33, **caput**, da Lei n. 11.343/06.

No julgamento da apelação, o eg. Tribunal de origem negou provimento ao recurso da defesa, e deu parcial provimento ao recurso ministerial, mas manteve incólume a r. sentença em relação ao paciente. Eis a ementa:

"APELAÇÕES CRIMINAIS. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06). RECURSOS DA DEFESA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PLEITO DEFENSIVO PELA ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. DECLARAÇÕES DAS TESTEMUNHAS POLICIAIS APRESENTADAS DE FORMA HARMÔNICA E COERENTE. EFICÁCIA PROBATÓRIA QUE SÓ RESTA COMPROMETIDA EM CASO DE MÁ-FÉ. MENSAGENS EXTRAÍDAS DOS APARELHOS DE TELEFONE CELULAR DOS ACUSADOS QUE IGUALMENTE COMPROVAM A PRÁTICA DA NARCOTRAFICÂNCIA. CONDENAÇÃO INARREDÁVEL. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. PEDIDO MINISTERIAL DE AUMENTO DA PENA BASE DE UM DOS RÉUS. CABIMENTO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA QUE SERVEM DE CRITÉRIOS À AVALIAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS, NOS TERMOS DO ART. 42 DA LEI DE TÓXICOS. SEGUNDA FASE. PEDIDO DE UM DOS RÉUS DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INVIABILIDADE. CONFISSÃO QUALIFICADA QUE AFASTA A INCIDÊNCIA DO BENEFÍCIO. TERCEIRA FASE. REQUERIMENTO DE AMBOS OS ACUSADOS DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA PELO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE TÓXICOS. NÃO ACOLHIMENTO. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE DEMONSTRA A DEDICAÇÃO DO RÉU AO NARCOTRÁFICO. ABRANDAMENTO DE REGIME E SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS IGUALMENTE INVIÁVEIS. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. RECURSOS CONHECIDOS - OS DEFENSIVOS DESPROVIDOS E O MINISTERIAL PROVIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Não há falar em inexistência de prova ou dúvida que recomende a absolvição, quando os elementos contidos nos autos, corroborados pelas declarações firmes e coerentes das testemunhas ouvidas, formam um conjunto sólido, dando segurança ao juízo para a condenação dos acusados.

2. Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06, a análise da quantidade e da natureza da droga encontrada com o agente que pratica o tráfico de entorpecentes é capaz de ocasionar a valoração da pena-base.

3. A confissão qualificada, entendida como aquela em que o agente confirma os fatos imputados contra si mas alega causa dirimente ou justificativa exculpante, não configura a atenuante prevista pelo art. 65, inciso III, "d", do Código Penal.

4. Não se aplica a causa especial de diminuição de pena estabelecida no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 quando demonstrado nos autos que os agentes dedicavam-se à atividade criminosa.

5. "Ante a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1.º, da Lei n. 8.072/90 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, é possível a fixação de regime inicial de cumprimento da pena diferente do fechado, observando-se os parâmetros estabelecidos no Código Penal (art. 33). No caso, conquanto a pena privativa de liberdade tenha sido estabelecida em patamar inferior a 8 anos, a natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos em poder do requerente demonstram ser recomendável a manutenção do regime fechado". (TJSC - Revisão Criminal n. 2015.045701-6, de Joinville, Rei. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. em 28/10/2015).

6. Não cumpridos os requisitos do art. 44 do Código Penal, por conta da quantidade de pena imposta aos acusados, superior ao quantum delineado no inciso I do aludido dispositivo, demonstra-se inaplicável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos" (fls. 415-416).

Daí o presente **writ**, no qual sustenta o impetrante, em breve síntese, que "jamais restou minimamente comprovado que o paciente realmente tivesse alguma outra ligação, ou mesmo participação com o tráfico de forma mais rotineira, que pudesse permitir a não aplicação da benesse prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06" (fl. 11).

Alega, ademais, que "a fundamentação utilizada em ambas as instâncias para o estabelecimento do regime fechado foi a gravidade abstrata do delito" (fl. 18).

Requer, ao final, a aplicação da minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, e a alteração do regime inicial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A liminar foi indeferida às fls. 562-564.

As informações foram prestadas às fls. 572-649.

O eminente representante do Ministério Público Federal, às fls. 653-659, manifestou-se pela manutenção da decisão impugnada.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 370.471 - SC (2016/0237076-5)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. NÃO INCIDÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. **HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício

II - Os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 (primariedade, bons antecedentes, não dedicação à atividades criminosas ou não participação em organização criminosa) são de observância cumulativa para a incidência dessa causa especial de diminuição de pena. É o caso dos autos, haja vista a dedicação a atividades criminosas, evidenciada pelo conjunto probatório dos autos, bem como pela quantidade de droga apreendida (conforme a r. sentença - 933 comprimidos de ecstasy).

III - Nos crimes tipificados na Lei 11.343/06, por força do art. 42 da Lei 11.343/06, a quantidade e a natureza da droga podem influenciar na fixação de regime prisional mais gravoso do que o admitido em função do **quantum** de pena, desde que seja considerada na dosimetria, uma vez que o estabelecimento do regime de cumprimento de pena é decorrência lógica dessa operação, conforme determinam os artigos 33, §§ 2º e 3º, e 59, do Código Penal. É o caso dos autos, em que o paciente foi condenado à pena de 5 anos de reclusão, é primário, mas a quantidade e a natureza da droga foram relevantes para afastar a causa especial de diminuição de pena.

Habeas corpus não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Imperioso, portanto, examinar a existência de alguma flagrante ilegalidade.

Transcrevo, a fim de delimitar a **quaestio**, o seguinte excerto da r. sentença condenatória, **in verbis**:

"[...]"

4. Aplicação do benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006

O eminente doutrinador Luiz Flávio Gomes leciona que "no delito de tráfico (art. 33, caput) e nas formas equiparadas (§ 1º), as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário (não reincidente), de bons antecedentes e não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa (traficante, agindo de modo individual e ocasional). Os requisitos são subjetivos e cumulativos, isto é, faltando um deles inviável a benesse legal" (Nova Lei de Drogas Comentada: Lei 11.343/06, RT, p. 165 - os grifos não constam do original).

Do Diploma Legal acima comentado se infere que para que o agente faça jus à redução hão de estar cumulativamente presentes os seguintes requisitos: a) primariedade do agente; b) bons antecedentes; c) não dedicação às atividades criminosas; d) não integrar organização criminosa.

In casu, entendo que as circunstâncias relevantes dos fatos deixam evidente não ser possível aplicar aos acusados a benesse legal em comento.

Enorme fora a quantidade de droga apreendida, totalizando 933 (novecentos e noventa e três) comprimidos de ecstasy, que seriam comercializados em uma única transação, o que é incompatível com a figura de "pequeno traficante ou traficante inciai", cujo Diploma Legal visou beneficiar.

Ademais disso, as conversas realizadas pelos acusados através de mensagens telefônicas mantidas entre eles e com terceiras pessoas antes da data dos fatos deixam claro que a mercancia ilícita de drogas sintéticas fazia parte de seu dia-a-dia, envolvendo outras transações de vulto, demonstrando grande intimidade com essa hedionda e odiosa prática ilícita.

Nesses casos, a Corte Catarinense de Justiça tem entendido que, "não faz



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

jus o agente à diminuição da pena, com fundamento no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando com ele é apreendida expressiva quantidade de droga de altíssima nocividade, além de razoável quantia em dinheiro, circunstâncias que indicam a dedicação às atividades criminosas" (Ap. Crim. n.º 2011.083230-8, Des. Carlos Alberto Civinski), entendimento este ao qual me filio por ser o mais adequado à repressão criminal e reprovação da hedionda conduta imputada ao agente traficante.

5. Regime inicial de cumprimento da pena e substituição da pena privativa de liberdade.

Para ambos acusados não há direito à substituição da reprimenda corporal por penas restritivas de direito, até porque as penas a serem aplicadas, sem a redução prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, ficarão acima de 4 anos, o que, por si só, inviabiliza a medida.

Também inexistente direito de iniciarem o cumprimento da pena em regime aberto ou semiaberto.

Quanto ao regime a ser fixado ao traficante para o início do cumprimento da pena, recente decisão da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, em acórdão da relatoria do eminente Desembargador Carlos Alberto Civinski, definiu o seguinte e feliz entendimento:

[...]

Assim sendo, embora tenha se admitido abrandamento no regime e forma de cumprimento de pena no crime de tráfico de drogas e a ele relacionados, tenho que a hipótese ora analisada reveste-se de peculiaridades que evidenciam que tal medida não é recomendável.

Repito, enorme fora a quantidade de drogas sintéticas apreendidas; das conversas de mensagens telefônicas transcritas, infere-se seguramente que já vinham exercendo o tráfico de drogas e faziam disso suas fontes de renda, com atuação contínua por relevante período de tempo, de forma que a atuação dos acusados no crime de tráfico de drogas merece severa reprimenda.

[...]

A) JAIRO INÁCIO MARCELINO

1) Da análise do art. 59 do Código Penal:

a) Culpabilidade: restou demonstrada, pois o acusado, maior, mentalmente sã, tinha plena capacidade de entender o caráter ilícito dos fatos, com liberdade de escolha quanto ao seu proceder; b) Natureza e quantidade da substância entorpecente: a natureza da droga (ecstasy), causa dependência física e/ou psíquica e têm alto potencial lesivo e fora considerável quantidade encontrada (993 comprimidos), contudo, tais circunstâncias já fundamentaram a impossibilidade de aplicação ao caso da benesse do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, motivo pelo qual deixo de aumentar a pena por isso para não configurar o bis in idem prejudicial ao acusado; c) Antecedentes: não registra antecedentes criminais (41 e 44); d) Conduta social: deturpada pela própria



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prática do ilícitos; e) *Personalidade do agente*: não há elementos no processo para aferi-la; f) *Motivos do Crime*: próprios do delito - objetivo de lucro fácil; g) *Circunstâncias do Crime*: normais à espécie; h) *Consequências do crime*: próprias do delito, ou seja, o risco à saúde e à incolumidade pública; i) *Comportamento da Vítima*: por ser a vítima o Estado, não há que falar em seu comportamento.

Assim sendo, **fixo a pena-base em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, esta fixada no patamar mínimo previsto no art. 43 da Lei 11.343/06.**

2) *Das agravantes e atenuantes*:

Não existe agravante a ser considerada; há a atenuante da menoridade parcial, prevista no art. 65, I, do Código Penal, todavia, deixo de minorar a pena-base porque já se encontra no patamar mínimo legal.

Apenas a título de fundamentação, não seria o caso de se aplicar ao acusado a atenuante da confissão espontânea, tendo em vista que não admitiu a autoria da prática criminosa.

3) *Das causas de aumento e diminuição da pena*:

Não existem causas de aumento ou diminuição da pena.

Portanto, resta a pena fixada em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, esta fixada no patamar mínimo previsto no art. 43 da Lei Antitóxico.

O regime para o cumprimento da pena é o inicialmente fechado, conforme já fundamentado" (fls. 348-349).

O v. acórdão reprochado, por sua vez, estabeleceu:

"[...] No tocante à reprimenda imposta aos réus, acusação e defesa apresentaram inconformismos: o Ministério Público, a fim de que a pena infligida ao réu Murilo seja majorada na primeira fase, por conta da quantidade e natureza do entorpecente apreendido; o acusado Murilo, para que, na segunda etapa, seja reconhecida a atenuante da confissão espontânea, fixando-se a sanção abaixo do mínimo legal, e, **ambos os réus, pleiteando a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.**

[...]

Ao final, na terceira fase dosimétrica, pretendem ambos os acusados a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, sob o argumento de inexistirem provas de que se dedicavam eles à atividade criminosa, além de não ter a denúncia descrito referida circunstância.

O representante ministerial, por seu turno, ao tempo em que requereu a exasperação da pena do réu Murilo na primeira fase em virtude da quantidade e natureza da droga, afirmou ser possível extraírem-se dos autos elementos outros que não as mencionadas circunstâncias a apontar a dedicação dos réus à prática ilícita.

Com razão o Ministério Público, mostrando-se, de fato, inviável a concessão do benefício pleiteado.

[...]

O conjunto probatório amealhado aos autos, principalmente o conteúdo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

extraído dos aparelhos de telefone celular dos acusados - acima em parte transcrito denota, com segurança, que os fatos narrados na denúncia não trataram de um episódio eventual na vida dos acusados, uma vez que, apesar de os textos não se referirem a um extenso período, evidenciam a naturalidade com que ambos tratavam do negócio.

Além do mais, asseverou a MMA. Juíza a quo que muitas das mensagens tinham o status de excluídas e foram recuperadas, indicando a grande probabilidade de que outras conversas, mais antigas, também tenham sido apagadas.

Nesse sentido, o fato de as testemunhas arroladas pela defesa de Murilo - Beatriz Pereira Verzola (sua companheira), Marina Negreiros de Lima (amiga íntima) e Alini dos Santos Pereira - não confirmarem a prática habitual do tráfico de drogas por aquele não significa que esta não ocorria (até porque, das três pessoas ouvidas, apenas a última prestou compromisso).

De igual forma, não há que falar em impossibilidade de afastar a aplicação da minorante por não ter a peça acusatória narrado o envolvimento do acusado Jairo com organização criminosa, conforme sustentado por ele em suas razões de apelo.

É que a descrição da referida circunstância na denúncia mostra-se de caráter prescindível - sob pena de se ter de narrar, na peça acusatória, a possibilidade (ou inviabilidade) de aplicação de todas as eventuais causas que agravam ou abrandam a sanção -, devendo aquela, apenas, poder ser extraída dos elementos carreados aos autos, como acontece na hipótese.

[...]

Diante das provas retromencionadas, consideram-se os acusados como sujeitos dedicados à atividade criminosa em questão, impossibilitando a aplicação da benesse.

Por fim, quanto ao pedido de abrandamento de regime formulado pelo acusado Jairo, este relator tem utilizado como orientação, nos casos envolvendo o delito de tráfico de drogas, o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento, em Plenário, do Habeas Corpus n. 111.840/ES, que declarou a inconstitucionalidade da determinação contida no § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/90, autorizando, assim, a fixação de regimes prisionais mais brandos para os crimes hediondos e assemelhados. Essa possibilidade, contudo, deve ser verificada diante das circunstâncias do caso concreto, à luz dos critérios estabelecidos no artigo 33, § 3º, do Código Penal e também no artigo 42 da Lei n. 11.343/06.

In casu, a especial gravidade concreta de que se reveste o delito praticado pelo réu/apelante - caracterizada, sobretudo, pela natureza altamente nociva e pela significativa quantidade do entorpecente apreendido - denota a adequação do regime fechado. O abrandamento do regime prisional, a meu sentir, mostra-se incompatível com a repressão que o crime em questão merece" (fls. 439-442).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Cumpre registrar, inicialmente, que "*Não é viável, na via estreita do habeas corpus, o reexame dos elementos de convicção considerados pelo magistrado sentenciante na avaliação das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal*", porquanto "*O que está autorizado é apenas o controle da legalidade dos critérios utilizados, com a correção de eventuais arbitrariedades*" (HC n. 123.210/RJ/STF, **Segunda Turma**, Rel. Min. **Teori Zavascki**, DJe de 4/11/2014).

Insta asseverar, oportunamente, que os requisitos previstos na causa de diminuição (primariedade, bons antecedentes, **não dedicação à atividades criminosas** ou não participação em organização criminosa) são de observância cumulativa. A ausência de qualquer deles implica o afastamento da causa de diminuição de pena.

Na presente hipótese, verifica-se razoável o afastamento da aplicação da minorante. É que o fundamento para afastar o benefício foi a **dedicação à atividade criminosa**, adequadamente fundamentada no v. acórdão impugnado.

Ilustrativamente:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. ATIVIDADES CRIMINOSAS. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. HEDIONDEZ. ENTENDIMENTO SUMULADO DO STF E DO STJ. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

III - In casu, as instâncias de origem afastaram a incidência do redutor do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, em virtude da dedicação à atividade criminosa, adequadamente fundamentada no v. acórdão impugnado.

IV - O Enunciado 440, da Súmula do STJ afirma que "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito".

V - Na espécie, verifica-se que as circunstâncias judiciais dos pacientes foram avaliadas de modo inteiramente favorável e que se trata de indivíduos primários, razão pela qual o regime que melhor atende a situação, nos termos do art. 33, § 2º, b, e § 3º do Código Penal, é o semiaberto (precedentes).

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício tão somente para, confirmando a liminar deferida, fixar o regime prisional



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

semiaberto para o início do cumprimento das penas impostas a ambos os pacientes" (HC n. 333.781/SP, **Quinta Turma**, de **minha relatoria**, DJe de 26/11/2015, grifei).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. INADMISSIBILIDADE. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. CONDENAÇÃO EM GRAU DE APELAÇÃO CRIMINAL INTERPOSTA PELO PARQUET. PRISÃO CAUTELAR. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. AGUARDAR O TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO PENAL EM LIBERDADE. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INCABÍVEL. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO. LIMINAR CONFIRMADA.

[...]

3. *Não incide o redutor do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. No caso dos autos, constatou-se que o réu se dedicava a atividades criminosas. A pretensão em sentido contrário, a infirmar a conclusão das instâncias originárias, implicaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na sede estreita do habeas corpus.*

4. *Quanto ao regime prisional, em razão da pena total aplicada aos pacientes, qual seja, 4 anos 10 meses e 10 dias de reclusão, agiu com acerto a Corte originária ao aplicar o regime semiaberto com base no art. 33, § 3º, do Código Penal.*

5. [...]

6. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, tão somente para conceder aos pacientes a liberdade provisória até o trânsito em julgado da ação penal, mediante condições a serem fixadas pelo Juiz singular, se por outro motivo não estiverem presos e ressalvada a possibilidade de haver nova decretação de prisão, caso se apresente motivo concreto para tanto, confirmando-se a liminar" (HC n. 315.734/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 1º/07/2015, grifei).*

Passo à análise do **regime inicial de cumprimento de pena**.

Na hipótese, como visto, a quantidade e a natureza da droga (933 comprimidos de ecstasy) também determinaram a imposição do regime inicial fechado.

É certo que o regime prisional nos crimes da Lei 11.343/06 deve ser estabelecido de acordo com o **quantum** de pena, levando em consideração a reincidência (se for o caso), as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, bem como a quantidade e a natureza



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da droga (art. 42 da Lei 11.343.06), se esta circunstância for **valorada na fixação da pena**. Ou seja, a quantidade e a natureza da droga podem fundamentar a imposição de regime mais gravoso do que o admitido em função apenas do **quantum** de pena, **desde que tal circunstância concreta tenha sido utilizada na dosimetria da pena**.

Não se desconhece as diversas manifestações desta eg. Corte admitindo a utilização da quantidade e da natureza das drogas para a fixação do regime prisional mais gravoso. Confira-se:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. CRIMES DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. TESE DE FRAGILIDADE DA PROVA. VIA IMPRÓPRIA. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DA PROVA. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL E NÃO APLICAÇÃO DA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006 EM RAZÃO DA REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTOS COM BASE NA QUANTIDADE DE DROGAS. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Ressalta-se que o exame das alegações de fragilidade das provas para a condenação quanto ao delito de tráfico de entorpecentes, na medida em que demanda análise aprofundada do material cognitivo produzido nos autos, mostra-se inviável em habeas corpus. Precedentes.

3. O aumento na pena-base em 10 meses acima do mínimo legal, fundamentadamente, em razão da grande quantidade de entorpecente não se mostra desarrazoada já que em feita na proporção considerada pela jurisprudência como razoável (1/6), bem como devidamente fundamentada em elemento concreto, condizente com o entendimento desta Corte acerca do tema.

4. Tampouco se vislumbra qualquer excesso, no que diz respeito ao aumento, no patamar de 1/6, pela reincidência do paciente, porquanto em sintonia com o entendimento firmado por esta Corte.

5. É pacífico o entendimento neste Superior Tribunal de Justiça de que a utilização da agravante de reincidência para majorar a pena, assim como para afastar a aplicação do redutor previsto na Lei de Drogas, não caracteriza ofensa ao princípio do non bis in idem (HC 305.104/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2016, DJe 10/06/2016). Precedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. *A quantidade, natureza e/ou variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar a imposição do regime mais severo. Precedentes.*

7. *Habeas corpus não conhecido*" (HC n. 336.421/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 1º/8/2016).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS MAJORADO PELO LOCAL DA INFRAÇÃO. 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 FECHADO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DAS DROGAS. 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 próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.*

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 considerável quantidade e a variedade das drogas apreendidas, pressupõe a dedicação à atividade criminosa, revelando-se suficiente a afastar a aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.*

3. *A reforma do entendimento das instâncias ordinárias quanto à dedicação do paciente às atividades criminosas constitui matéria que refoge ao restrito escopo do habeas corpus, porquanto demanda percuciente 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.º 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*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 variedade e a quantidade das drogas apreendidas - 44 porções de cocaína, 23 porções de 'crack' e 15 porções 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.

6. Considerando a pena aplicada, no patamar superior a 4 anos, inviável a aplicação da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ante o não preenchimento dos requisitos do art. 44, I, do CP.

Habeas corpus não conhecido" (HC n. 309.123/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik**, DJe de 25/8/2016).

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO HÁ MAIS DE 5 (CINCO) ANOS. SISTEMA DA PERPETUIDADE. IRRELEVÂNCIA DO PERÍODO DEPURADOR. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS DO DELITO. CRITÉRIO IDÔNEO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado 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, o que não é o caso dos autos.

3. No termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado.

4. No que tange à validade da condenação anterior para valorar negativamente os antecedentes, o tempo transcorrido após o cumprimento ou extinção da pena não elimina essa circunstância judicial desfavorável, tendo em vista a adoção pelo Código Penal do sistema da perpetuidade: ao contrário do que se verifica na reincidência (CP, art. 64, I), o legislador não limitou temporalmente a configuração dos maus antecedentes ao período depurador quinquenal.

5. Hipótese em que, nos termos do art. 59, do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, as instâncias ordinárias, na primeira etapa da dosimetria, fixaram a pena-base no patamar de 6 anos, considerando como desfavoráveis os maus antecedentes da paciente, em razão de três condenações específicas com trânsito em julgado há mais de cinco anos, e a quantidade e a natureza da droga apreendida - 62 pinos de crack (44,47g) e 08 pinos de cocaína (12,04g) -, o que não se mostra desproporcional.

6. Os requisitos legais para a incidência da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, de um sexto a dois terços, são: agente reconhecidamente primário, com bons antecedentes e que não se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa.

7. Este Tribunal Superior firmou o entendimento no sentido de que, na falta de indicação pelo legislador das balizas para o quantum de redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

8. In casu, tendo as instâncias antecedentes concluído, motivadamente, pela dedicação da paciente a atividades ilícitas, levando em consideração as circunstâncias fáticas do delito, as provas obtidas nos autos e a quantidade, a diversidade e a natureza das drogas apreendidas, e considerando o fato da paciente possuir maus antecedentes, torna-se incabível a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, porquanto não preenchidos os requisitos legais.

9. Tendo sido a pena-base fixada acima do mínimo legal (6 anos de reclusão), em razão dos maus antecedentes e da quantidade e da natureza da droga apreendida, há na hipótese circunstâncias concretas que autorizam a fixação do regime mais gravoso, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, e do art. 42 da Lei de Drogas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

10. *É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante do quantum de pena aplicada, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.*

11. *Habeas corpus não conhecido*" (HC n. 357.043/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 23/8/2016).

Contudo, a meu ver, especialmente nos crimes tipificados na Lei 11.343/06, por força do art. 42 da Lei 11.343/06, **a quantidade e a natureza da droga podem influenciar na fixação de regime prisional mais gravoso do que o admitido em função do quantum de pena, desde que sejam consideradas na dosimetria**, uma vez que o estabelecimento do regime prisional é decorrência lógica dessa operação, conforme determinam os artigos 33, §§ 2º e 3º, e 59, do Código Penal. Ademais, porque o art. 42 da Lei 11.343/06 apenas dispõe que tal fato deve preponderar para fins de fixação da pena, e não diretamente para o estabelecimento do regime prisional. É o caso dos autos.

In casu, a pena definitiva do paciente resultou em 5 anos de reclusão pelo crime previsto no art. 33, **caput**, da Lei 11.343/06, pois fixada a pena-base no mínimo legal, ausentes agravantes ou atenuantes. Outrossim, a quantidade e a natureza do entorpecente foram relevantes para o afastamento da minorante do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, conforme se depreende da r. sentença (fl. 346), o que autoriza a fixação do regime mais gravoso.

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

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0237076-5

HC 370.471 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00027134220158240045 082015001502381 20150358725 27134220158240045
5401500005 82015001502381

EM MESA

JULGADO: 17/11/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSE ADONIS CALLOU DE ARAUJO SA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: ALESSANDRO MARCELO DE SOUSA
ADVOGADO	: ALESSANDRO MARCELO DE SOUSA - SC016856
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	: JAIRO INACIO MARCELLINO
CORRÉU	: MURILO MILTON MARTINS

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

CERTIDÃO

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

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

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