



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 508.793 - SP (2019/0128030-7)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CAMILA GALVAO TOURINHO - SP298866
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GUSTAVO ALEXANDRE DE ALMEIDA ROSAS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. 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. As instâncias ordinárias negaram a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em face das circunstâncias da apreensão de considerável quantidade e variedade de droga evidenciarem a dedicação do réu a atividades criminosas. Esse entendimento está em conformidade com a jurisprudência pacífica desta Corte e a sua reforma constitui matéria que refoge ao restrito escopo do *habeas corpus*, porquanto demanda percuciente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito. Precedentes.

3. 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.

In casu, a quantidade, a variedade e a natureza da droga apreendida – 2 porções de haxixe (604g), 1.700 porções de cocaína (751 g) e 1 pedra grande de *crack* (137g) – 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.

4. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido.

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

Brasília, 30 de maio de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 508.793 - SP (2019/0128030-7)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CAMILA GALVAO TOURINHO - SP298866
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GUSTAVO ALEXANDRE DE ALMEIDA ROSAS (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de GUSTAVO ALEXANDRE DE ALMEIDA ROSAS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n. 0010226-89.2015.8.26.0050).

Infere-se dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o paciente a 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, inicialmente no regime fechado, como incurso no art. 33 da Lei n. 11.343/06 (tráfico de drogas).

Interposta apelação, por ambas as partes, o Tribunal *a quo* deu provimento apenas ao recurso do Ministério Público, majorando a reprimenda para 5 anos e 10 meses de reclusão, em julgamento que ficou assim resumido:

APELAÇÃO - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS - APELO MINISTERIAL - AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º, DO ART. 33, DA LEI 11.343/06 - MAJORAÇÃO DAS PENAS - REGIME FECHADO COMPATÍVEL COM AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO EM TELA E COM O QUANTUM DA PENA APLICADA - RECURSO MINISTERIAL PROVIDO - APELO DA DEFESA IMPROVIDO (fl. 27).

No presente *writ*, o impetrante alega que o julgamento colegiado impôs constrangimento ilegal ao réu, ao afastar a incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, não obstante ele preencher os requisitos legais para tanto. Aduz ainda fundamentação inidônea quanto à imposição do regime prisional fechado.

Se reduzida a pena, pugna pela imposição de regime prisional menos gravoso e a substituição da pena por medidas restritivas de direitos.

Indeferido o pedido liminar, o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem, nos termos da seguinte ementa:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REDUTORA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. INVIABILIDADE DO EXAME APROFUNDADO DA PROVA. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. PARECER PELA DENEGAÇÃO (fl. 65).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 508.793 - SP (2019/0128030-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

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.

Conforme relatado, a primeira controvérsia diz respeito à incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

O paciente foi preso em flagrante porque trazia consigo, para fins de comercialização e difusão ilícita a terceiros, 2 porções de *haxixe* (604g), 1.700 de cocaína (751g) e 1 pedra grande de *crack* (137g), razão pela qual foi condenado por tráfico ilícito de drogas.

No julgamento da apelação criminal, o Tribunal de origem majorou a reprimenda, consignando:

[...]

As penas-base do acusado foram, adequadamente, exasperadas em 1/6 (um sexto), em razão da expressiva quantidade e natureza dos entorpecentes, circunstâncias que, a teor do art. 42, da Lei 11.343/06, devem ser consideradas como preponderantes e conferem contornos de gravidade diferenciada ao caso em tela.

Impõe-se, a seguir, dar provimento ao recurso ministerial e afastar a redução de 1/3 (um terço) em razão da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, na medida em que o acusado não faz jus a referida causa de redução, pois, embora tecnicamente primário (fls. 56/58), as circunstâncias do caso concreto revelam razoável envolvimento com a criminalidade ligada ao tráfico ilícito de entorpecentes.

Importa ressaltar, neste aspecto, as circunstâncias da apreensão, que, à evidência, constitui veementes indícios do envolvimento do réu com a criminalidade ligada ao tráfico ilícito de entorpecentes.

[...]

As penas do acusado passam a perfazer, portanto, 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, à razão mínima ao dia-multa.

O acusado não faz jus, ainda, à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou a qualquer outro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

benefício, pois as características do caso em tela exigem reprovação penal diferenciada, ou seja, a substituição ou a concessão de outro benefício seriam insuficientes para a resposta penal adequada.

Não é demais anotar, de qualquer forma, que o quantum das penas impede a substituição.

Pelos mesmos motivos, o regime para o cumprimento da pena privativa de liberdade do recorrente, o inicial fechado, apresenta-se como adequado e compatível com as circunstâncias objetivas e subjetivas do caso em tela (fls. 30/32).

A Corte estadual negou a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em face das circunstâncias da apreensão de considerável quantidade e variedade de droga evidenciarem a dedicação do réu a atividades criminosas. Esse entendimento está em conformidade com a jurisprudência pacífica desta Corte e a sua reforma constitui matéria que refoge ao restrito escopo do *habeas corpus*, porquanto demanda percutiente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

A propósito:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITOS DE CONCESSÃO DO REDUTOR E DE FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. FUNDAMENTOS DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM HARMONIA COM A UNÍSSONA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

1. A Corte local concluiu pela dedicação do recorrente a atividades ilícitas com apoio na expressiva quantidade de droga apreendida - 16kg (dezesseis quilos) de cocaína -; no profissionalismo delitivo revelado pelo modus operandi no transporte do entorpecente; na natureza acentuadamente deletéria da droga; na existência de ação penal em curso por porte ilegal de arma de fogo; e na participação de menor de idade que trabalhava no lava-jato do recorrente.

Mostra-se patente, pois, que o Tribunal de origem se valeu de fundamentação concreta e distinta das elementares do tipo do crime de tráfico de drogas para negar o privilégio.

2. De igual modo, a Corte local declinou justificativas concretas para fundamentar a fixação do regime mais severo - a quantidade e a natureza altamente deletéria da droga apreendida e a análise negativa das circunstâncias do crime, as quais implicam um maior desvalor da conduta.

3. Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp 1421599/MT, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, DJe 2/4/2019).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. REDUTOR. §4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. AFASTAMENTO. CONCLUSÃO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA FIRMADA A PARTIR DE ELEMENTOS FÁTICOS-PROBATÓRIOS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA TRAFICADA. EXISTÊNCIA DE OUTRA AÇÃO PENAL EM ANDAMENTO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O afastamento do redutor previsto pelo §4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, no caso concreto, está calcado na conclusão de que a quantidade e natureza da droga apreendida - 23 (vinte e três) tijolos de cocaína - somados à existência de outra ação penal em andamento, na qual o agravante figura como réu acusado da prática do crime de formação de quadrilha, revelam sua dedicação a atividades criminosas.

2. Prevalece nesta Corte Superior o entendimento de que, apesar de não poderem ser utilizados como fonte de desvalor no primeiro estágio dosimétrico, inquéritos policiais e ações penais em andamento justificam o afastamento da figura do tráfico privilegiado. Precedentes.

3. Modificar a decisão da instância ordinária, no ponto, dependeria do reexame de matéria fático-probatória, o que, em sede de recurso especial, constitui medida vedada pelo óbice da Súmula n. 7/STJ.

4. Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp 1360674/TO, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 1/3/2019).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. INTEMPESTIVIDADE DO APELO NOBRE. CONSTATAÇÃO. RECESSO FORENSE. INEXISTÊNCIA DE SUSPENSÃO OU DE INTERRUPTÃO DOS PRAZOS PROCESSUAIS CRIMINAIS. ESPECIALIDADE NORMATIVA DO ART. 798, CAPUT E § 3.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. EXASPERAÇÃO REALIZADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. CONDENAÇÕES DEFINITIVAS POR FATOS POSTERIORES AO OBJETO DA LIDE. ILEGALIDADE FLAGRANTE. CONSTATAÇÃO. PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. REDIMENSIONAMENTO DAS PENAS. DEVIDO. REDUTOR DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. EXISTÊNCIA DE PROCESSOS CRIMINAIS EM CURSO. FUNDAMENTO VÁLIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO, DE OFÍCIO.

[...]

3. Presente flagrante ilegalidade na dosimetria da pena imposta ao Agravante, afigura-se passível a concessão da ordem de habeas corpus de ofício, nos moldes do art. 654, § 2.º, do CPP, c/c art. 203, inciso II, do RISTJ.

[...]

7. É assente neste Tribunal Superior o entendimento de que, embora ações penais "em curso" não possam ser utilizadas para o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incremento da pena-base, podem servir como fundamento válido a denotar a dedicação do agente à prática de atividades criminosas e, por conseguinte, afastar a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, delineamento evidenciado no caso em exame.

8. *Agravo regimental desprovido. Habeas corpus concedido, de ofício* (AgRg no AREsp 1284680/AM, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, DJe 8/3/2019).

No tocante ao regime inicial de cumprimento de pena, o Plenário do STF, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a 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, nesses casos, deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 59, ambos do Código Penal – CP.

Por outro lado, firmou-se neste Tribunal a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do CP ou em outra situação que demonstre efetivamente um *plus* na gravidade do delito. Nesse sentido, foi elaborado o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, bem como os enunciados ns. 718 e 719 da Súmula do STF.

Na hipótese dos autos, não há falar em flagrante ilegalidade na fixação do regime prisional fechado. Isso porque a quantidade, variedade e natureza da droga apreendida – 2 porções de haxixe (604g), 1.700 porções de cocaína (751 g) e 1 pedra grande de *crack* (137g) – 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.

Nesse diapasão:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. REGIME MAIS GRAVOSO MANTIDO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE ENSEJAM A NECESSIDADE DO REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Supremo Tribunal Federal, por sua primeira Turma, e a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

- Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta é necessário fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos.

- No caso, embora a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal de 5 anos de reclusão, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas são circunstâncias que recomendam o regime mais gravoso para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

- Habeas corpus não conhecido (HC 344.946/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 28/3/2016).

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NÃO CONHECIMENTO.

1. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

2. Fixado o regime inicial fechado não só com base na hediondez do delito, mas também em razão da natureza, quantidade e variedade dos entorpecentes apreendidos em poder do paciente - 22 porções de maconha, pesando 61,37g, 24 eppendorfs de cocaína, pesando 15,64g e 22 eppendorfs de crack, pesando 4,19g - fundamentos os quais, inclusive, justificaram a negativa de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

3. Habeas corpus não conhecido (HC 371.001/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 17/10/2016).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 42 DA LEI DE TÓXICOS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. PREPONDERÂNCIA. ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. MINORANTE NÃO AFASTA HEDIONDEZ. MATÉRIA PACIFICADA. OFENSA À CONSTITUIÇÃO. INVIÁVEL O EXAME EM RECURSO ESPECIAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

I - A valoração negativa da circunstância referente à quantidade e natureza das substâncias entorpecentes apreendidas, realizada, seja na primeira ou na terceira fase da dosimetria, na linha da orientação emanada do Supremo Tribunal Federal, autoriza a fixação do regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso. (Precedentes).

[...]

Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1480517/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 1/9/2015, DJe 11/9/2015).

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0128030-7

HC 508.793 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00102268920158260050 102268920158260050 20170000304735

EM MESA

JULGADO: 30/05/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO CAMILA GALVAO TOURINHO - SP298866
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	GUSTAVO ALEXANDRE DE ALMEIDA ROSAS (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 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 Felix Fischer, Jorge Mussi e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.