



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 371.329 - SP (2016/0243194-9)**

**RELATOR** : **MINISTRO FELIX FISCHER**  
**IMPETRANTE** : PAULA GARCIA  
**ADVOGADO** : PAULA GARCIA - SP298758  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : MATHEUS MURILO FERREIRA BARBOSA

### EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL. PENA DEFINITIVA SUPERIOR A 4 E NÃO EXCEDENTE A 8 ANOS. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. REGIME FECHADO. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

I - A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o deferimento do regime semiaberto se dá desde que preenchidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, inciso b, e § 3º, c.c. o art. 59 do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, condenação por um período superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) e a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

II - O col. **Supremo Tribunal Federal**, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento permitindo a valoração da quantidade e a natureza do entorpecente na primeira ou na terceira fase da dosimetria da pena do delito de tráfico de drogas.

III - **In casu**, a referida circunstância foi fixada na terceira fase da dosimetria. Sendo desfavorável, portanto, impede a fixação do regime semiaberto unicamente em razão da quantidade de pena imposta ao paciente, sendo aplicável o regime mais gravoso na sequência, qual seja, o **fechado** (precedentes).

**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.

Brasília (DF), 07 de fevereiro de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 371.329 - SP (2016/0243194-9)

### RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER:** Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em favor de MATHEUS MURILO FERREIRA BARBOSA, em face de v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicialmente 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, mantendo incólume a r. sentença condenatória. Eis a ementa:

*"TRÁFICO DE DROGAS - Absolvição por insuficiência de provas - Impossibilidade - Materialidade e autoria bem delimitados - Depoimentos dos policiais seguros e coerentes, que merecem credibilidade - Condenação mantida - Pena e regime bem delimitados - Recurso improvido" (fl. 35).*

Daí o presente **writ**, no qual aduz o impetrante, em breve síntese, que *"a imposição de regime mais grave ao crime de tráfico e de outro mais brando a delitos cometido com violência ou grave ameaça traz inafastável infração aos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade"* (fl. 3).

Requer, ao final, a fixação do regime prisional semiaberto para início de cumprimento da pena pelo paciente.

A liminar foi indeferida à fl. 47.

As informações foram prestadas às fls. 55-88.

O representante do Ministério Público Federal, às fls. 92-94, manifestou-se pelo **não conhecimento da ordem**.

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 371.329 - SP (2016/0243194-9)

### EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL. PENA DEFINITIVA SUPERIOR A 4 E NÃO EXCEDENTE A 8 ANOS. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. REGIME FECHADO. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

I - A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o deferimento do regime semiaberto se dá desde que preenchidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, inciso b, e § 3º, c.c. o art. 59 do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, condenação por um período superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) e a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

II - O col. **Supremo Tribunal Federal**, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento permitindo a valoração da quantidade e a natureza do entorpecente na primeira ou na terceira fase da dosimetria da pena do delito de tráfico de drogas.

III - **In casu**, a referida circunstância foi fixada na terceira fase da dosimetria. Sendo desfavorável, portanto, impede a fixação do regime semiaberto unicamente em razão da quantidade de pena imposta ao paciente, sendo aplicável o regime mais gravoso na sequência, qual seja, o **fechado** (precedentes).

**Habeas Corpus** não conhecido.

### 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.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Transcrevo, a fim de delimitar a **quaestio**, o seguinte excerto do v. acórdão reprochado:

*"[...] Inafastável, portanto, a condenação do apelante. A pena, da mesma forma, não merece alteração.*

*No cálculo das reprimendas, a r. sentença fixou pena-base no mínimo legal.*

*Em seguida, em atenção à aplicação do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, cumpre registrar que a nova Lei de Drogas recrudesceu o tratamento aplicado aos traficantes, agravando a dosagem penal, passando a variar de 05 a 15 anos de reclusão e pagamento de 500 a 1500 dias-multa.*

*Da mesma feita, passou a criar uma causa de redução, diminuindo o rigor da norma, a fim de beneficiar o chamado "pequeno traficante" ou traficante eventual, desde que atendessem a determinados requisitos.*

*Com efeito, para fazer jus à aplicação do redutor previsto na superveniente legislação, o réu deve ser primário, de bons antecedentes e não pode se dedicar à atividade criminosa ou integrar organizações criminosas.*

*No presente caso, temos o fato de que o réu foi surpreendido enquanto embalava e mantinha em depósito considerável quantidade e diversidade de entorpecentes, entre eles o crack entorpecente de gigantesco potencial lesivo, sendo certo que tamanha quantidade de drogas apreendida não é facilmente obtida, do dia para noite - nem se comercializa em operações poucas ou isoladas.*

*Desta forma, é certo que os fatores ora destacados demonstram que o réu se dedicava à atividade criminosa, promovendo meios para a propagação do comércio ilícito, não preenchendo, assim, os requisitos do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06.*

*Daí porque não deve o acusado ser beneficiado com a redução de pena, que é de ser destinada "traficante eventual", o que certamente não é o caso do réu.*

*Quanto ao regime fechado fixada, nada a ser modificado, uma vez que é o único compatível com a natureza e o grau de lesividade da conduta praticada. Repise-se que a posse de numerosas porções de três tipos de drogas sinaliza medida de engajamento no tráfico que é incompatível com a estipulação de regime mais brando ou da cominação de penas substitutivas" (fls. 39-40).*

Inicialmente, cumpre registrar que a jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que o deferimento do regime **semiaberto** se dá desde que preenchidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, **b**, e § 3º, c/c o art. 59 do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, condenação por um período superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) e a **inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis**.

Assentada tal premissa, cumpre asseverar o disposto no art. 42 da Lei



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006, segundo o qual "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."

Sobre o tema, não se pode olvidar que o col. **Supremo Tribunal Federal**, por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual caracteriza **bis in idem** tal valoração tanto na primeira quanto na terceira fases do cálculo da pena (ARE n. 666.334/AM, **Tribunal Pleno**, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, DJe de 6/5/2014).

Forçoso concluir, assim, que permitiu o col. STF, **mutatis mutandis**, a valoração de tal circunstância desfavorável (a quantidade e a natureza do entorpecente) na primeira ou na terceira fase da dosimetria da pena do delito de tráfico de drogas.

É o caso dos autos, em que, como visto, a referida circunstância foi fixada na terceira fase da dosimetria, **impedindo** a incidência da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Sendo desfavorável, portanto, impede a fixação do regime semiaberto unicamente em razão da quantidade de pena imposta ao paciente, sendo aplicável o regime mais gravoso na sequência, qual seja, o **fechado**.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ALEGADA AUSÊNCIA DE PROVAS. ABSOLVIÇÃO. REEXAME PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. RESTITUIÇÃO DE BENS. INVIABILIDADE. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. CIRCUNSTÂNCIA QUE EVIDENCIA A DEDICAÇÃO DO PACIENTE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. PENA DEFINITIVA SUPERIOR A 4 E NÃO EXCEDENTE A 8 ANOS. REGIME FECHADO. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. TESE PREJUDICADA PELO NÃO REDIMENSIONAMENTO DA PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

4. Rever o entendimento externado pela Corte de origem para o fim de aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, no caso, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, inviável em sede de habeas corpus.

5. 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 11.343/2006 quando a quantidade das substâncias apreendidas permitem aferir que o agente se dedica a atividade criminosa.

6. O STF, no julgamento do HC n. 111.840/ES, assentou que inexistente a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

**7. A valoração negativa da natureza e quantidade de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação de regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso. Precedentes.**

8. No caso, embora o paciente seja primário, condenado a pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) e não excedente a 8 (oito) anos de reclusão, a quantidade e a natureza dos entorpecentes - 5,150kg de maconha e 24g de haxixe - justificam a fixação do regime inicial fechado.

9. Mantida a condenação em patamar superior a 4 (quatro) anos, é inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

10. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 355.463/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 23/9/2016, grifei).

"DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA. PRIMARIEDADE. DETRAÇÃO. TEMAS NÃO ENFRENTADOS PELA CORTE DE ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONDENAÇÕES ANTERIORES. DECURSO DO PRAZO PREVISTO NO ART. 64, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. MAUS ANTECEDENTES. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. CIRCUNSTÂNCIAS QUE IMPEDEM A APLICAÇÃO DO ART. 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/06. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. QUANTIDADE DE DROGA



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

APREENDIDA. ADEQUAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA. REQUISITO OBJETIVO NÃO PREENCHIDO. NÃO CONHECIMENTO. [...]

4. Lastreadas nos antecedentes criminais e **na natureza e quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas, as instâncias de origem concluíram que o paciente se dedicava às atividades criminosas, razão pela qual negaram, acertadamente, a redução da pena pela aplicação do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, porquanto não preenchidos os requisitos legais para tanto.**

5. **Devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial fechado, em razão da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e das circunstâncias do caso concreto, não há constrangimento ilegal a ser sanado.**

6. 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 e 6 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

7. **Habeas corpus não conhecido"** (HC n. 354.928/SP, **Sexta Turma**, Rel.<sup>a</sup>. Min.<sup>a</sup>. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 12/09/2016, grifei).

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

É o voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0243194-9

**HC 371.329 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00022368720148260533 20150000819547 2157274082014 22368720148260533 9692013

EM MESA

JULGADO: 07/02/2017

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

#### **AUTUAÇÃO**

|            |                                              |
|------------|----------------------------------------------|
| IMPETRANTE | : PAULA GARCIA                               |
| ADVOGADO   | : PAULA GARCIA - SP298758                    |
| IMPETRADO  | : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| PACIENTE   | : MATHEUS MURILO FERREIRA BARBOSA            |
| CORRÉU     | : FÁBIO HENRIQUE MORETO                      |
| CORRÉU     | : HALESSON BETONI GOBBO                      |

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