



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 298.516 - SP (2014/0165373-6)

**RELATORA** : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA  
**IMPETRANTE** : PABLO GUTIERREZ CARDOSO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : PABLO GUTIERREZ CARDOSO (PRESO)  
**ADVOGADO** : RAFAEL RAMIA MUNERATTI - DEFENSOR PÚBLICO

### EMENTA

*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. APLICADA A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA EM RAZÃO DE CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO DELITO DE TRÁFICO. CAUSA ESPECIAL NEGADA EM RAZÃO DA REINCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME DIVERSO DO FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE REINCIDENTE. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. O *habeas corpus*, como é cediço, não é meio próprio para pretensão absolutória, porque trata-se de intento que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes do *writ*.

3. Não se vislumbra, constrangimento ilegal na dosimetria do paciente, porquanto devidamente fundamentada, à luz da legislação de regência da matéria - art. 59 do Código Penal, e art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 - não havendo flagrante ilegalidade a ser sanada pela via estreita do *writ*. Na primeira fase, a pena-base do delito de tráfico foi fixada no mínimo legal, ante a inexistência de motivos para sua exasperação. Na segunda fase da dosimetria, incidiu a agravante da reincidência, em razão de o paciente ostentar condenação anterior pelo delito de tráfico. Na terceira etapa, escoreita a negativa de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, por trata-se, como visto, de réu reincidente, não preenchendo, pois, os requisitos legais para concessão da benesse.

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 e 10 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

5. *In casu*, condenado o paciente à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, tratando-se de réu reincidente, não é possível fixar o regime inicial diverso do fechado, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.

6. *Habeas corpus* não conhecido.



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

### **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, não conheceu da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 04 de dezembro de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura  
Relatora



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 298.516 - SP (2014/0165373-6)**

**RELATORA** : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA  
**IMPETRANTE** : PABLO GUTIERREZ CARDOSO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : PABLO GUTIERREZ CARDOSO (PRESO)  
**ADVOGADO** : RAFAEL RAMIA MUNERATTI - DEFENSOR PÚBLICO

### RELATÓRIO

#### MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado por PABLO GUTIERRES CARDOSO, em seu próprio favor, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n.º 0039600-24.2013.8.26.0050).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06. Confirmam-se os termos do *decisum*, no que interessa:

(...) a prova produzida no contraditório é farta na demonstração da ocorrência do delito e autoria. Assim é que o réu nada declarou na delegacia de polícia e, embora direito constitucional, não é postura compatível a situação de pessoa inocente, frente a prisão injusta. Em Juízo apresentou singela negativa de autoria, versão cuja veracidade não comprovou como lhe competia, nos termos do que dispõe o artigo 156 do Código de Processo Penal, e que foi facilmente afastada pela prova testemunhal produzida. Ao réu competia a produção de provas do que alegou e, se esteve em um bar, se permaneceu por algum tempo no local, se foi detido juntamente com outra pessoa, que por sua vez foi dispensada porque primária e sem antecedentes, por certo teria testemunhas para comprovar o que alegou, por se tratar de local de movimento de pessoas. Ainda, como sustentou o ilustre Dr. Promotor de Justiça "...O próprio acusado afirmou que morava longe daquele ponto de venda de drogas, levando cerca de meia hora de ônibus. Não se mostra crível tivesse, nessas circunstâncias, voltado àquele local pela terceira vez naquele dia para comprar entorpecente, mesmo porque esclareceu que perto de sua casa havia outros pontos de venda. . . " Logo, não há como se acolher a pretensão absolutória da defesa.

Ao contrário, os policiais apresentaram a mesma versão aos fatos, informaram que foram ao local em razão de denúncia que receberam, visualizaram o comportamento suspeito do acusado, fizeram campana por algum tempo e viram quando ele manteve contato com algumas pessoas e retirava alguma coisa de um local na calçada. Localizaram porções de entorpecente no local em questão e uma quantia em dinheiro em poder do acusado.

A versão apresentada pelos policiais é merecedora de toda credibilidade, porque são pessoas isentas, que não conheciam o acusado e não iriam criar



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

injusta e gratuita acusação. Referidas testemunhas foram compromissadas e não se pode desconsiderar a prova em questão por mera presunção.

E o destino do tóxico apreendido é manifesto, tendo em vista que o réu portava entorpecente fracionado, foi visto pelos policiais no local dos fatos, mexendo no local onde estava a droga e mantendo contato com pessoas que passavam no local. Logo, comprovada a mercancia, não há que se falar em desclassificação do crime para o previsto no artigo 28 da Lei especial.

Demonstrada a ocorrência do delito, e comprovada a responsabilidade criminal do acusado, a procedência da ação penal é a medida que se impõe.

Passo a dosar a pena a ser imposta.

A condenação de fls. 92/94 será considerada para fins de reincidência. Logo, nos termos do que dispõe o artigo 42 da Lei 11.343/06, bem como pelos critérios norteadores do artigo 59 do Código Penal, fixo a pena base em seu mínimo legal, que agravo em 1/6 pela reincidência (fls. 92/94), tornando-a definitiva em cinco anos e dez meses de reclusão e quinhentos e oitenta e três dias multa, calculada a unidade em seu mínimo legal.

Em se tratando de réu reincidente específico, não estão presentes os requisitos do artigo 33, parágrafo 4º, da lei 11.343/06. Não houve, no caso, bis in idem já que a pena ficou estabelecida no mínimo legal e o dispositivo em questão veda a redução para réu reincidente.

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a presente ação penal que a Justiça Pública move contra PABLO GUTIERREZ CARDOSO, R.G. nº 51.268.969, e o condeno ao cumprimento de cinco anos e dez meses de reclusão e ao pagamento do valor correspondente a quinhentos e oitenta e três dias multa, por infração ao artigo 33, "caput" da lei 11.343/06.

A pena privativa de liberdade deverá ser cumprida inicialmente no regime fechado, tendo em vista o que dispõe a Lei 11.464/07, que alterou a redação original do artigo 2º, parágrafo 1º da lei 8.072/90 (fls. 20/21).

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de origem negou provimento, *in verbis*:

(...) o acervo probatório concorre em desfavor do apelante e autoriza a manutenção do r. decreto condenatório.

-2-

Superadas as questões atinentes à autoria e materialidade, remanesce o exame da fixação da pena. E, neste ponto, também não há reparos a serem realizados.

Na primeira fase da dosimetria, adequado o arbitramento da pena-base no mínimo legal, dada a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do Cód. Penal) além da recidiva considerada para majoração na etapa seguinte, evitando-se a ocorrência de bis in idem.

Em segundo plano, igualmente acertado o reconhecimento da agravante prevista no art. 61, I do Cód. Penal, na fração de 1/6 (um sexto), haja vista a existência de condenação anterior anotada na certidão de fls. 92/94, dentro do período depurador estabelecido no art. 64, I do mesmo diploma legal, evidenciando-se reincidência específica.

Na última etapa, correto o afastamento do redutor previsto no art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/06, uma vez não preenchido o pressuposto legal da



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

primariedade.

(...)

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

Assim, a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Na hipótese em tela, a fixação do regime mais gravoso para o início do desconto da pena privativa de liberdade se justifica pela reincidência verificada na folha de antecedentes do réu, impossível a imposição de regime mais brando por interpretação conjunta dos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 59 do Cód. Penal.

Ante o exposto, nos termos do voto, nego provimento ao recurso (fls. 33/36).

A Defesa impetrou, ainda, prévio *writ*, o qual não foi conhecido, nos seguintes termos:

A hipótese é de não conhecimento, eis que as matérias deduzidas na impetração foram objeto de julgamento pelo colegiado, semana passada.

Ou seja, a natureza da prisão se alterou, competindo ao paciente, se entender ser o caso, reclamar novo recurso, se cabível.

Ademais, na esteira de precedentes, o Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o habeas corpus substitutivo do recurso ordinário. Nesse sentido a série de precedentes: (...) (fls. 39/40).

No presente *mandamus*, o impetrante sustenta, em síntese, a ausência de provas idôneas para a caracterização do delito de tráfico pelo qual foi condenando.

Insurge-se, ainda, contra a exasperação da pena em razão da reincidência específica.

Alega, por derradeiro, fazer jus à causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

Requer, liminarmente e no mérito, a redução da pena ao mínimo legal, a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Foram prestadas informações às fls. 16/40.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral José Adonis Callou de Araújo Sá, pelo não conhecimento do *writ* ou pela denegação da ordem (fls. 53/57).

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 298.516 - SP (2014/0165373-6)**

### EMENTA

**HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. APLICADA A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA EM RAZÃO DE CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO DELITO DE TRÁFICO. CAUSA ESPECIAL NEGADA EM RAZÃO DA REINCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME DIVERSO DO FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE REINCENTE. NÃO CONHECIMENTO.**

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. O *habeas corpus*, como é cediço, não é meio próprio para pretensão absolutória, porque trata-se de intento que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes do *writ*.

3. Não se vislumbra, constrangimento ilegal na dosimetria do paciente, porquanto devidamente fundamentada, à luz da legislação de regência da matéria - art. 59 do Código Penal, e art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 - não havendo flagrante ilegalidade a ser sanada pela via estreita do *writ*. Na primeira fase, a pena-base do delito de tráfico foi fixada no mínimo legal, ante a inexistência de motivos para sua exasperação. Na segunda fase da dosimetria, incidiu a agravante da reincidência, em razão de o paciente ostentar condenação anterior pelo delito de tráfico. Na terceira etapa, escoreita a negativa de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, por trata-se, como visto, de réu reincidente, não preenchendo, pois, os requisitos legais para concessão da benesse.

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 e 10 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

5. *In casu*, condenado o paciente à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, tratando-se de réu reincidente, não é possível fixar o regime inicial diverso do fechado, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.

6. *Habeas corpus* não conhecido.

### VOTO

**MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Ab initio*, cumpre registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las.

(HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do Resp ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

O *habeas corpus*, como é cediço, não é meio próprio para pretensão absolutória, porque trata-se de intento que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes do *writ*. Confirmam-se, a propósito, os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. DIREITO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE INOCÊNCIA. REEXAME FÁTICO- PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI DE TÓXICOS. IMPOSSIBILIDADE. RECONHECIDA DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal da Relatora, também



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nos casos de utilização do habeas corpus em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. Paciente condenado à pena 07 anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 666 dias-multa, como incurso nos artigos 33, caput, c.c artigo 40, inciso III e VI da Lei n.º 11.343/2006, porque surpreendido na posse, para fins de mercancia ilícita, de 20 pedras de crack e 30 cápsulas de cocaína.

4. A absolvição do Paciente requer reexame fático-probatório, avaliação esta imprópria de ser realizada em via de habeas corpus, remédio de rito célere e de cognição sumária. Precedentes.

5. A fixação da pena-base acima do mínimo legal restou suficientemente justificada no acórdão hostilizado, uma vez que levou em consideração a natureza e a quantidade de drogas apreendidas - 20 pedras de crack e 30 cápsulas de cocaína.

6. O Tribunal estadual, ao analisar o conjunto fático-probatório dos autos, reconheceu que o Paciente não faria jus à aplicação da minorante inserta no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas, porque ele se dedicava à atividade criminosa. Rever tal posição demandaria inarredável dilação probatória, incompatível com a via estreita do habeas corpus.

7. Ordem de habeas corpus não conhecida.

(HC 277.239/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 20/05/2014, DJe 27/05/2014)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITOS DE ABSOLVIÇÃO E APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. INVIABILIDADE. REEXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. REPRIMENDA SUPERIOR A QUATRO ANOS. ART. 44, I, CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

- Não é possível conhecer do pedido de absolvição por falta de provas, em sede de habeas corpus, tendo em vista que a desconstituição do que ficou estabelecido pelas instâncias ordinárias, soberanas na análise de provas, ensejaria o reexame aprofundado de todo conjunto fático-probatório, providência incompatível com os estreitos limites do remédio constitucional, que é caracterizado pelo rito célere e cognição sumária.

- Levando-se em conta as circunstâncias do delito, as instâncias de origem entenderam que o paciente integrava organização criminosa, circunstâncias que impedem a aplicação da causa de diminuição prevista no



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Para se afastar essa conclusão e acolher a tese apresentada pela defesa, é necessário o reexame aprofundado das provas, procedimento que não se coaduna com os estreitos limites da via eleita.

- Por fim, mantida a condenação no patamar estabelecido, não há como conceder o pedido de substituição da pena privativa de liberdade, pois ausentes os requisitos do art. 44, I, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 199.158/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA, julgado em 18/03/2014, DJe 07/04/2014)

Não se vislumbra, ainda, constrangimento ilegal na dosimetria do paciente, porquanto devidamente fundamentada, à luz da legislação de regência da matéria - art. 59 do Código Penal, e art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 - não havendo flagrante ilegalidade a ser sanada pela via estreita do *writ*.

Com efeito, na primeira fase, a pena-base do delito de tráfico foi fixada no mínimo legal, ante a inexistência de motivos para sua exasperação.

Na segunda fase da dosimetria, incidiu a agravante da reincidência, em razão de o paciente ostentar condenação anterior pelo delito de tráfico.

Na terceira etapa, escorreita a negativa de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, por trata-se, como visto, de réu reincidente.

Mister salientar que o § 4º do art. 33 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, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

Na espécie, verifica-se que as instâncias de origem negaram a incidência da referida minorante em razão da reincidência do paciente. Assim, inexistente constrangimento ilegal a ser sanado, porquanto não preenchidos os requisitos legais para a concessão da benesse em comento.

Com efeito, a reincidência configura óbice à aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes deste Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. INADMISSIBILIDADE. TRÁFICO. DOSIMETRIA. (...) APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. RÉU REINCIDENTE ESPECÍFICO. (...)

1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não têm mais admitido o habeas corpus como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais. Precedentes.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

4. Sendo o réu reincidente, conforme atestado pelas instâncias originárias, fica inviável a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, pois um dos requisitos para a concessão da benesse é a primariedade.

(...)

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, tão somente para afastar a vedação legal quanto ao regime de cumprimento de pena, determinando ao Juízo das Execuções a tarefa de verificar o regime prisional mais adequado ao paciente.

(HC 300.176/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 21/10/2014, DJe 10/11/2014)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. PRETENSÃO DE INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). INVIABILIDADE. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. RÉU REINCIDENTE. INVERSÃO DO JULGADO. NECESSIDADE DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. (...)

(...)

4. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas nem integrar a organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), dependendo das circunstâncias do caso em concreto.

5. Na hipótese, o paciente não preenche os requisitos para a incidência da aludida benesse, diante do comprovado envolvimento na prática de atividades ilícitas de naturezas diversas, conforme se observa de sua extensa folha de antecedentes criminais.

(...)

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de determinar que o Juízo das Execuções Criminais analise o regime prisional a ser imposto na espécie, afastada a vedação legal contida no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990.

(HC 188.443/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 16/09/2014, DJe 25/09/2014)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. (...) MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE REINCIDENTE.(...) CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

(...)

3. Uma vez constatada a existência de condenação definitiva anterior pela prática do crime previsto no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, e considerando que a conduta disciplinada desse dispositivo legal não deixou de ser crime, não há como ser aplicada a minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, haja vista a reincidência do paciente.

(...)



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Habeas corpus não conhecido.  
(HC 292.292/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/06/2014, DJe 25/06/2014)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. MAUS ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIA QUE IMPEDE A APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. PENA DE MULTA. INCONSTITUCIONALIDADE. INADEQUAÇÃO DO HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE RISCO À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Inaplicável a causa especial de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, na medida em que, conforme consignado pelo Colegiado estadual, de forma devidamente fundamentada, o paciente não preenche os requisitos legais, porquanto ostenta maus antecedentes.

(...)

5. Habeas corpus não conhecido.  
(HC 276.666/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 26/03/2014)

No mais, não se afigura possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A título ilustrativo, 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 culposo; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

No caso em tela, a reprimenda final do paciente restou fixada em 5 anos e 10 meses de reclusão, ultrapassando, portanto o limite legal para incidência da benesse nos crimes dolosos. Assim, de acordo com a disciplina do instituto da pena restritiva de direitos, tem-se como inviável o atendimento da pretensão deduzida no presente *writ*.

Nesta senda:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. (...) SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. INVIABILIDADE. PENA IMPOSTA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. (...) HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

- Mantida condenação em 5 (cinco) anos de reclusão, não há como acolher do pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, uma vez que ausentes os requisitos do art. 44, I, do Código Penal.

(...)

(HC 253.002/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 16/10/2014, DJe 03/11/2014)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS EVIDENCIADA. REGIME MAIS BRANDO. POSSIBILIDADE EM TESE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

(...)

5. Mostra-se inviável proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois o paciente foi condenado a reprimenda superior a 4 anos, fora, portanto, do limite objetivo previsto no inciso I do artigo 44 do Código Penal.

6. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, apenas para que o Juízo das Execuções proceda à análise do caso concreto, aferindo a eventual possibilidade de fixar ao paciente regime inicial mais brando de cumprimento de pena, à luz do artigo 33 do Código Penal.

(HC 297.406/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/10/2014, DJe 03/11/2014)

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, melhor sorte não assiste ao impetrante/paciente.

Na hipótese vertente, tenho que a imposição do regime inicial fechado foi devidamente fundamentada, de modo que não há falar em constrangimento ilegal.

Verifica-se, *in casu*, que o Colegiado estadual manteve o regime inicial fechado, fixado pelo Juízo de primeiro grau, não só com base na hediondez do delito, mas em razão da reincidência do paciente.

Com efeito, dispõe o art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal que "o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto".

*In casu*, condenado o paciente à pena de 5 anos e 10 meses, não se me afigura possível fixar regime diverso do fechado para o início do cumprimento da pena, por se



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tratar, como visto, de réu reincidente (art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal). Nesse diapasão:

HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. MAUS ANTECEDENTES. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE. REINCIDÊNCIA. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. DESCABIMENTO. RÉU REINCIDENTE EM CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime.

2. No caso em apreço, a fixação da pena-base acima do mínimo legal, para um dos Pacientes, foi suficientemente fundamentada, tendo sido constatado que este possui 5 (cinco) condenações criminais transitadas em julgado, o que confere especial reprovabilidade ao comportamento do agente.

3. Não se comprovando ilegalidade ou abuso de poder na individualização da pena-base, a via do Habeas Corpus não é adequada para dizer se foi justa ou não a reprimenda aplicada aos Pacientes.

4. O regime prisional inicial fechado é obrigatório ao réu reincidente condenado à pena entre 4 (quatro) e 8 (oito) anos de reclusão e que teve as circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis.

5. A substituição da pena reclusiva não se mostra socialmente recomendável à espécie, uma vez que o Paciente já foi condenado por outro crime contra o patrimônio (no caso, roubo). Incidência, na hipótese, do disposto no § 3.º do art. 44 do Código Penal.

6. Ordem de habeas corpus denegada.

(HC 212.778/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 06/06/2013)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ARMA DE FOGO. CONCURSO DE AGENTES E RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DA VÍTIMA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. AÇÃO PENAL EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 444/STJ. MAJORANTES. AUMENTO DE 5/12. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA N. 443/STJ AFASTADA. REGIME PRISIONAL FECHADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO. CONDENADO REINCIDENTE EM QUE FOI APLICADA PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa,



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

- As instâncias originárias, ao analisar as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, consideraram desfavorável ao paciente apenas o parâmetro referente aos seus antecedentes, em razão de uma ação penal em andamento, o que não autoriza o acréscimo aplicado. Incidência da Súmula n. 444 do STJ.

- Correto o aumento de 5/12 (cinco doze avos) pela incidências das três majorante, uma vez que a exasperação em patamar acima do mínimo legal não decorreu unicamente do número de causas de aumento incidentes, tendo o acórdão recorrido justificado que a majoração se deu em razão das peculiaridades concretas do crime, destacando a maior quantidade de roubadores (três agentes), a ousadia no cometimento do delito e o maior risco gerado às vítimas, que tiveram sua residência invadida e, sob ameaça de uma arma de fogo, foram subjugadas e confinadas, por diversas horas, em pequeno cômodo de sua residência, fatos que autorizam aplicação da qualificadora no quantum adotado. Em tais condições, fica afastada a aplicação do enunciado n. 443 da Súmula desta Corte.

- Inexiste constrangimento ilegal na fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da pena imposta, haja vista que se trata de condenado reincidente, cuja pena aplicada é superior a 4 (quatro) anos de reclusão.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, unicamente, para fixar a pena-base em seu mínimo legal, redimensionando a pena do paciente para 7 (sete) anos e 1 (um) mês de reclusão, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 225.517/RJ, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 03/06/2013)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. RÉU REINCENTE. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. ART. 33 DO CÓDIGO PENAL. REGIME INICIAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. É pacífico o entendimento jurisprudencial desta Corte, segundo o qual ao réu reincidente e condenado à pena privativa de liberdade superior a 4 anos de reclusão, deve ser aplicado o regime inicial fechado, para o cumprimento da pena reclusiva.

II. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no AREsp 181.256/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 21/03/2013, DJe 23/04/2013)

Dessarte, verifica-se a inexistência de constrangimento ilegal a justificar a atuação desta Corte Superior de Justiça.

Tem-se, pois, que a impetração substitutiva não comporta a extraordinária cognição.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, **não conheço** da impetração.

É como voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0165373-6

PROCESSO ELETRÔNICO

**HC 298516 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00396002420138260050 396002420138260050 7592013

EM MESA

JULGADO: 04/12/2014

#### **Relatora**

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : PABLO GUTIERREZ CARDOSO  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : PABLO GUTIERREZ CARDOSO (PRESO)  
ADVOGADO : RAFAEL RAMIA MUNERATTI - DEFENSOR PÚBLICO

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, não conheceu da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.