



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 324.283 - SP (2015/0117066-2)**

**RELATOR** : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADO** : LUAN CAMPOS BOLDRINI  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : GABRIEL FERREIRA DOS SANTOS (PRESO)

### EMENTA

*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS COM ENVOLVIMENTO DE MENOR. 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. HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. EXPRESSIVA QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. 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 expressiva quantidade de droga, associada às circunstâncias do delito, 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 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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

natureza, a variedade e a considerável quantidade da droga apreendida - *cocaína e crack em quantidade considerável (mais de duas dezenas de porções)* - utilizadas na terceira fase da dosimetria, para afastar a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º da Lei de Drogas, impedem a aplicação do regime prisional mais brando.

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.

### **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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 09 de agosto de 2016(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 324.283 - SP (2015/0117066-2)**

**RELATOR** : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADO** : LUAN CAMPOS BOLDRINI  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : GABRIEL FERREIRA DOS SANTOS (PRESO)

### RELATÓRIO

#### O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública Estadual em favor de GABRIEL FERREIRA DOS SANTOS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0022094-98.2014.8.26.0050.

Infere-se dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o paciente à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, IV, ambos da Lei n. 11.343/06 (tráfico de entorpecentes com envolvimento de menor).

No julgamento da apelação interposta pela defesa, o Tribunal de origem, por unanimidade, negou provimento ao recurso, mantendo a sentença condenatória. Eis a ementa do julgado:

*Processo penal. Prova. Testemunhos de policiais. Os relatos de policiais têm eficácia probatória, preponderando sobre as palavras isoladas do agente, quando seguros, insuspeitos e estiverem em harmonia com o restante da prova. Tóxicos. Condenação por tráfico ilícito de drogas. Defesa que busca, em sede de recurso, a incidência do redutor previsto no § 4º, do art. 33, da Lei Especial. Impossibilidade. As circunstâncias dos fatos geram presunção de não-satisfação de todos os requisitos legais. Inversão do ônus da prova. Precedente da C. Câmara Criminal (fl. 39).*

No presente *writ*, sustenta a impetrante, em síntese, que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal em seu *status libertatis*, uma vez que as instâncias ordinárias deixaram de aplicar o redutor do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, sem que houvesse elementos para afastar o privilégio.

Assevera, ainda, que apesar da primariedade do paciente e da quantidade da pena aplicada autorizar a fixação do regime inicial semiaberto, foi estabelecido o regime inicial fechado em razão da hediondez e gravidade abstrata do delito, em



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desrespeito aos Enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal - STF, bem como ao Enunciado n. 440 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

Sustenta, ainda, que, reduzida a reprimenda, o paciente implementará os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal - CP, devendo a pena privativa de liberdade ser substituída por restritiva de direitos.

Desse modo, requer a concessão da ordem para reduzir a "[...] *reprimenda imposta, bem como com a fixação de regime mais brando para início de cumprimento de pena e posterior substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.*" (fl. 11)

O pedido liminar foi indeferido (fls. 63/64).

Informações prestadas pelas instâncias ordinárias (fls. 72/105).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* e, caso conhecido, pela denegação da ordem (fls. 111/116).

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 324.283 - SP (2015/0117066-2)

### VOTO

#### O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do STF e do próprio STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, a aplicação da causa redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas e a fixação do regime inicial semiaberto para cumprimento da pena. Pleiteia, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O Juízo de primeiro grau aplicou a pena e fixou o regime inicial fechado, sob os seguintes fundamentos:

[...]

**Fixo a pena inicial em 05 anos de reclusão, com pagamento de 500 dias-multa, mínimos. Fixada no piso, inoperante resta a medida atenuante relativa à menoridade - Súmula 231 do C. STJ.**

*Comprovada a causa de aumento de pena, elas sobem para 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.*

*Segundo entendimento firmado pelo Plenário do C. Supremo Tribunal Federal, a natureza, qualidade e quantidade dos entorpecentes apreendidos podem ser utilizados, como critério de fixação das penas, seja no estabelecimento daquela inicial (artigo 42), seja para o cálculo do fator de redução das reprimendas a serem impostas (artigo 33, parágrafo quarto), vedada, em todo caso, a utilização concomitante nestas ocasiões.*

*Assim, em face do bem jurídico protegido, aliado aos mencionados dispositivos legais, quanto maior a capacidade de viciar da droga, em abstrato, maior a reprovabilidade.*

**O réu foi apreendido com cocaína na forma de crack, o que indica, exatamente, maior reprovabilidade, posto que tal entorpecente tem grande capacidade de viciar, como é notório e visto em toda a mídia, sendo que pode, inclusive, viciar no primeiro uso.** *Na verdade tal entorpecente tomou-se o grande mal social dos tempos presentes, como qualquer pessoa que habite os grandes centros urbanos pode ver, todos os dias, na legião de infortunados que vagam pelas ruas, colocando em risco a segurança de toda coletividade, pela necessidade de manutenção do vício e da dependência.*

**Não bastasse, tinha ainda em sob sua responsabilidade**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*cocaína em pó, droga igualmente perigosa, como cediço.*

*No caso em apreço tenho por descabida a redução de pena prevista no artigo 33, parágrafo quarto, da Lei de regência, que visa beneficiar aquele incipiente traficante, a quem a norma penal atribuiu menor potencial lesivo na atividade traficante.*

*Isso porque os motivos qualificadores, em termos de desvalor, da conduta são incompatíveis com as formas mais graves da traficância. E necessariamente o envolvimento de menor, seja na atividade da traficância, seja na objetivação do tráfico, importa em reconhecer incompatíveis os institutos.*

*Pela mesma razão, ou seja, de acentuada culpabilidade, o regime inicial de cumprimento será aquele fechado. No mesmo sentido, o C. Supremo Tribunal Federal, ao analisar a culpabilidade do agente como fator indispensável para a fixação da pena (fls. 24/27).*

O Tribunal a quo, por sua vez, atento à ampla devolutividade do recurso de apelação e sem agravar a situação do réu, manteve a condenação imposta na sentença e o regime prisional fechado, readequando em parte a fundamentação na dosimetria da pena. Transcrevo, no ponto, o seguinte fragmento do acórdão:

*[...]*

*A pena-base foi fixada no mínimo legal.*

*Como bem anotado em primeira instância, a atenuante da menoridade não pode reduzir a sanção. A respeito, reitero meu entendimento inúmeras vezes manifestado:*

*As circunstâncias atenuantes não podem, na 2ª fase da dosimetria, reduzir a pena aquém do mínimo cominado. É que assim como as agravantes não autorizam a imposição de pena acima do limite máximo, é vedado às atenuantes reduzirem a reprimenda para aquém do mínimo previsto abstratamente pelo tipo.*

*[...]*

*O aumento aplicado com base no art. 40, da Lei de Tóxicos, foi mínimo.*

*Não deve incidir o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Tóxicos.*

*O réu estava desempregado ao tempo dos fatos (fl. 24) e traficava cocaína e crack em quantidade considerável (mais de duas dezenas de porções foram apreendidas pela Polícia), extraíndo-se disso que devia traficar para se manter.*

*Tais circunstâncias, em linha de coerência com diversos julgados pretéritos, geram, no meu entender, presunção de não-satisfação das condições previstas no § do art. 33, das Lei de Tóxicos. Noutras palavras, infere-se delas que o sentenciado, se não integral/integrava efetivamente organização criminosa, que ele, pelo menos, se dedicava à atividade criminosa (no caso, ao tráfico) para se manter, garantir renda. Em tal caso, cabia-lhe afastar essa*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**presunção (inversão de ônus da prova) de modo válido e convincente, o que não aconteceu.**

[...]

(1) **Quanto ao regime prisional**, tenho que deve ser atendido o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, disposição expressa que, a menos que se queira decidir contra legem, deve regular o caso. Referido dispositivo legal foi editado pelos Poderes Competentes, gozando, até prova em contrário, de presunção de constitucionalidade.

Não é escusado dizer que, sob a minha ótica, tal dispositivo legal (art. 2º, § 1º) - assim como ocorria com o antigo, que impunha o regime integral fechado - não padece do vício da inconstitucionalidade, por justamente regular e prever o tratamento penal mais rigoroso que os autores de crimes hediondos ou a eles equiparados devem ter, por previsão constitucional (CF, art. 5º, XLIII).

[...]

Não desconheço que o Excelso Pretório, na sessão de 27.6.2012, nos autos de Habeas nº 111.840, reconheceu, por maioria de votos, a inconstitucionalidade do referido dispositivo, mas fê-lo, ressaltando, incidentalmente, o que significa dizer que valeu somente para o processo julgado; não tem efeito erga omnes, pelo menos enquanto o Senado Federal não se pronunciar a respeito (CF, art. 52, X). Assim, malgrado o entendimento que vem se firmando nas mais altas Cortes de Justiça da Nação, entendo inteiramente aplicável a norma referida, o que obriga à fixação do regime inicial mais severo.

(2) As penas alternativas não devem ser aplicadas não só pela hediondez do crime, que recomenda maior rigor no esgarçamento, mas também porque a Lei nº 11.343/06 expressamente veda a benesse aos traficantes, nos precisos termos do que dispõe o seu artigo 44, caput. Tal dispositivo legal foi editado pelos poderes competentes, goza de presunção de constitucionalidade e não parece ofender a Constituição da República de modo franco e direto.

Não desconheço que foi reconhecida a inconstitucionalidade desse dispositivo pelo Excelso Pretório (HC 97.256) no ano de 2010, mas essa decisão foi tomada por maioria apertada (6 X 4) e valeu somente para o processo julgado (incidenter tantum)

[...]

A recente edição da Resolução nº 5 de 2012, pelo Senado Federal, que suspendeu a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º, do art. 33, da Lei de Tóxicos, em nada altera, no meu entender, a solução aqui proposta, visto que o crime, como se sabe, equipara-se aos hediondos e a aplicação de pena vicariante não reprovava a contento a prática de tão grave crime. Ademais, por opção do legislador, o art. 44, caput, referido resta íntegro, aplicando-se, por isso, in totum o argumento acima exposto.

Sem prejuízo de tais considerações, anoto que **a quantidade da pena aplicada supera a máxima prevista no artigo 44 (I), do Código Penal.**

Nada há, assim, a reparar na r. decisão recorrida. [...] (fls.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

38/57).

A aplicação da redutora 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*, assentou-se a inaplicabilidade do dispositivo, ante o entendimento de que o paciente se dedicava à atividade criminosa, tendo em vista a variedade, a natureza e a considerável quantidade da droga apreendida, somando-se ao fato de que o paciente estava desempregado à época dos fatos e estaria praticando a traficância como meio de vida.

Nesse contexto, o entendimento registrado pela origem está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior firmada no sentido de que a expressiva quantidade de droga, associada às circunstâncias do delito, 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.

No mesmo sentido, vejamos os seguintes precedentes:

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE FAZIA DO TRÁFICO O SEU MEIO DE VIDA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES CIRCUNSTÂNCIA QUE TAMBÉM EVIDENCIA A DEDICAÇÃO DO PACIENTE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. TESES PREJUDICADAS PELO NÃO REDIMENSIONAMENTO DA PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

[...]

2. 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.

3. Ademais, 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 e a natureza das substâncias apreendidas permitem aferir que o agente se dedica a



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### **atividade criminosa.**

4. Mantida a condenação em patamar superior a 4 (quatro) anos, fica prejudicado o pleito de alteração do regime prisional e de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ressaltando-se, no ponto, que o paciente encontra-se cumprindo pena em regime semiaberto.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 353.309/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 31/05/2016).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. CONSIDERÁVEL QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. MANIFESTA ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. O magistrado sentenciante afastou a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 por entender que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, tendo em vista a quantidade e a variedade das drogas apreendidas - 113,5g de maconha e 35,1g de cocaína, fracionadas em 55 porções - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006). Escorreito o afastamento da benesse, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

2. O efeito devolutivo da apelação autoriza a Corte estadual, quando instada a se manifestar acerca do regime inicial de cumprimento de pena, a examinar as circunstâncias judiciais e rever a individualização da pena, seja para manter ou abrandar o regime estabelecido em primeira instância. É possível nova ponderação dos fatos e circunstâncias em que se deu a conduta criminosa, mesmo tratando-se de recurso exclusivamente defensivo, sem que se incorra em reformatio in pejus, desde que não seja agravada a situação do réu. Ressalva de entendimento da relatora.

3. Na espécie, não há falar em reformatio in pejus, ante a ausência de prejuízo à situação do paciente, porquanto mantidos a pena final e o regime originariamente imposto pelo Juízo de primeira instância.

4. Devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial fechado, em razão da variedade e quantidade da substância entorpecente apreendida - 113,5g de maconha e 35,1g de cocaína, fracionadas em 55 porções. - (art. 42 da Lei n.º 11.343/06) -, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 351.276/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/05/2016, DJe 16/05/2016).



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ademais, 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.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENALIDADE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. PENALIDADE SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENALIDADE PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

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

**3. Concluído pelas instâncias ordinárias, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito e na natureza da droga apreendida, assim como nos demais elementos colhidos na instrução, que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, a modificação desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. Precedentes.**

4. Mantido o quantum da sanção imposta (5 anos de reclusão), é incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal), assim como a alteração do regime prisional para o aberto, a teor do art. 33, § 2º, "b", do CP.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 330.342/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 27/4/2016)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENALIDADE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENALIDADE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. MOTIVOS DIVERSOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENALIDADE. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICAVA-SE ÀS ATIVIDADES



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CRIMINOSAS E INTEGRAVA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Não há falar em *bis in idem* na dosimetria da pena, haja vista que a exasperação da pena-base deu-se em razão da quantidade e natureza da substância entorpecente apreendida - 514,3 kg de cocaína - , e a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, por sua vez, foi negada por entenderem as instâncias de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas e integrava organização criminosa, motivos diversos, pois.

2. **Concluído pelas instâncias ordinárias, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava às atividades criminosas e integrava organização criminosa, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.**

3. 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 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

4. Devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado, com base nas circunstâncias do caso concreto, considerando-se a quantidade e a natureza da droga apreendida - 514,3 kg de cocaína (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 353.208/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 29/04/2016)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS IDÔNEAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. [...] CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*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.*

**2. 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 demandaria, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório, inviável em sede de habeas corpus.**

[...]

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto (HC 344.751/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 19/04/2016).

Desse modo, não se vislumbra a existência de constrangimento ilegal pela não aplicação da causa de diminuição pretendida pela impetrante.

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.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, nesses casos, deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do 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 n.718 e 719 da Súmula do STF.

Na hipótese dos autos, não há falar em flagrante ilegalidade na fixação do regime prisional fechado, mesmo que se afaste a fundamentação abstrata elencada pelo Tribunal de origem. Isso porque, embora as circunstâncias judiciais tenham sido consideradas favoráveis e o paciente seja primário, a natureza, a variedade e a considerável quantidade da droga apreendida - *cocaína e crack em quantidade considerável (mais de duas dezenas de porções)* - foram utilizadas na terceira fase da dosimetria, para afastar a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º da Lei de Drogas, e, conforme dispôs o Magistrado de primeiro grau, são circunstâncias aptas a justificar a aplicação do regime prisional mais gravoso.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE FAZIA DO TRÁFICO O SEU MEIO DE VIDA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES CIRCUNSTÂNCIA QUE TAMBÉM EVIDENCIA A DEDICAÇÃO DO PACIENTE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL. HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. EXPRESSIVA QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. PENA DEFINITIVA SUPERIOR A 4 E NÃO EXCEDENTE A 8 ANOS. REGIME FECHADO. DETRAÇÃO. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NA CORTE LOCAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. TESE PREJUDICADA PELO NÃO REDIMENSIONAMENTO DA PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção do 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.

2. 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.

3. Ademais, 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 e a natureza das substâncias apreendidas permitem aferir que o agente se dedica a atividade criminosa.

**4. 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.**

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

**6. 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**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**entorpecentes - 135,2 g de cocaína - justificam a fixação do regime inicial fechado.**

7. O tema referente à possibilidade de detração da pena não foi enfrentado pela Corte de origem, de forma que sua análise por este Tribunal implicaria supressão de instância.

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

9. Habeas corpus não conhecido. (HC 351.735/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 31/05/2016).

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 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, julgado em 15/03/2016, DJe 28/03/2016).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 42 DA LEI DE TÓXICOS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PREPONDERÂNCIA. ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. MINORANTE NÃO AFASTA HEDIONDEZ. MATÉRIA PACIFICADA. OFENSA À CONSTITUIÇÃO. INVIÁVEL O EXAME EM RECURSO ESPECIAL.

***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).***

*II - A aplicação da minorante descrita no art. 33, § 4º da Lei de Tóxicos, não tem o condão de afastar a natureza hedionda do delito de tráfico de drogas. (Súmula 512/STJ).*

*III - Não cabe a esta Corte manifestar-se, ainda que para fins de prequestionamento, sobre suposta afronta a dispositivos/princípios constitucionais, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal (AgRg no REsp n. 1.205.385/ES, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 11/5/2015).*

*Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1480517/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 11/09/2015).*

Por fim, não merece reparos o entendimento consignado pelo Tribunal a *quo* quanto à negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que o sentenciado não preenche os requisitos previstos no art. 44, inciso I, do CP.

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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0117066-2

**HC 324.283 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0022094982014 00220949820148260050 220949820148260050

EM MESA

JULGADO: 09/08/2016

#### **Relator**

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

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 | : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  |
| ADVOGADO   | : LUAN CAMPOS BOLDRINI                       |
| IMPETRADO  | : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| PACIENTE   | : GABRIEL FERREIRA DOS SANTOS (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, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.