



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 370.455 - SP (2016/0237057-5)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIELLY SALVIANO PEREIRA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RICARDO AUGUSTO CORDEIRO DE SOUZA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DAS DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *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. A aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 depende do convencimento do Magistrado, de que o apenado, primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades delituosas nem integre organização criminosa. *In casu*, o entendimento registrado pela origem está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior, firmada no sentido de que a considerável quantidade, a variedade e a natureza das drogas apreendidas, pressupõe a dedicação à atividade criminosa, revelando-se suficiente a afastar a aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

3. A reforma do entendimento das instâncias ordinárias quanto à dedicação do paciente às atividades criminosas constitui matéria que refoge ao restrito escopo do *habeas corpus*, porquanto demanda percuente 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. 2.º 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.

5. Na hipótese dos autos, embora as circunstâncias judiciais tenham sido consideradas favoráveis e o paciente seja primário, a variedade, a quantidade e a natureza das drogas apreendidas – *16 porções de cocaína em pó, 80 porções de crack e 36 porções de*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

maconha – utilizadas na terceira fase da dosimetria, para afastar a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º da Lei de Drogas, justificam a fixação do regime prisional mais gravoso.

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

Habeas corpus não conhecido.

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 e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Brasília (DF), 10 de novembro de 2016(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 370.455 - SP (2016/0237057-5)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIELLY SALVIANO PEREIRA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RICARDO AUGUSTO CORDEIRO DE SOUZA (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 RICARDO AUGUSTO CORDEIRO DE SOUZA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n. 0053641-93.2013.8.26.0050).

Infere-se dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o paciente à pena de 5 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 600 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 (tráfico de drogas).

Em apelação interposta pela defesa, o Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao recurso apenas para adequar a pena de multa, em julgamento assim ementado:

Apelação criminal - Tráfico de drogas - Apelo defensivo pela absolvição por falta de provas, desclassificação para o delito de porte para uso, redução da pena-base ao mínimo legal, aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, em seu patamar máximo, fixação de regime inicial mais brando, substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos e suscitação de inconstitucionalidade da pena de multa cominada in abstracto pela Lei - Materialidade e autoria comprovadas - depoimentos dos policiais harmônicos entre si e que merecem credibilidade - réu detido na posse de várias porções de cocaína, crack e maconha. Impossibilidade de desclassificação para o art. 28, da Lei nº 11.343/2006. Condenação que deve ser mantida. Pena-base bem fixada acima no mínimo, pela expressiva quantidade de entorpecentes que o réu portava no dia dos fatos, com mitigação do valor da multa, proporcionalmente à sanção corpórea - não cabimento da atenuante da confissão espontânea, visto que o réu negou a prática delitiva em Juízo - manutenção da redução da pena, pela menoridade relativa - réu que se dedica às atividades delitivas, o que impossibilita a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Manutenção do regime inicial fechado, diante da hediondez e gravidade do crime de tráfico de drogas. Impossibilidade de substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos medida que não se mostra socialmente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recomendável. Afastamento da alegada inconstitucionalidade da pena de multa, conforme entendimento desta C. Câmara. Apelo parcialmente provido, somente para adequação do quantum da pena de multa (fl. 25).

No presente *writ*, a Defensoria Pública alega que as instâncias ordinárias impuseram constrangimento ilegal ao réu, ao afastarem a incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

Aduz, ainda, não haver fundamentação idônea quanto à imposição do regime inicial fechado, tampouco para vedar a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

Nesses termos, requer a concessão da ordem, para revisar a dosimetria da pena.

Indeferido o pedido liminar e prestadas as informações pela autoridade coatora, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do pedido, nos termos da seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. INVIABILIDADE DE MANEJO DO WRIT COMO SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NESSA CORTE E NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MINORANTE PREVISTA NO §4º DO ARTIGO 33 DA LEI N.º 11.343/06 DEVIDAMENTE AFASTADA. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. PRECEDENTE DO STJ.

REGIME INICIAL FECHADO. FIXAÇÃO DE REGIME MAIS RIGOROSO COM RESPALDO NA NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. CIRCUNSTÂNCIAS DO ART. 59 NEGATIVAMENTE AVALIADAS QUE JUSTIFICAM O REGIME MAIS GRAVOSO.

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUPERIOR A 4 ANOS. QUANTUM DA PENA QUE NÃO PERMITE A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS.

PELO NÃO CONHECIMENTO DO HABEAS CORPUS (fl. 108).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 370.455 - SP (2016/0237057-5)

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.

No caso, policiais surpreenderam o paciente na posse de 16 porções de cocaína, 80 porções de *crack* e 36 porções de maconha, razão pela qual restou condenado por tráfico de drogas, nestes termos:

[...]

Com base nas diretrizes do art. 59, do CP fixo a pena-base em 6 (seis) anos de reclusão e 620 (seiscentos e vinte) dias-multa no piso mínimo unitário legal. Nesta fase as penas restaram arbitradas além do menor patamar abstratamente previsto com a autorização do art. 42, da Lei nº 11.343/06 em face da expressiva quantidade de entorpecentes apreendida em poder do réu.

A confissão foi parcial e não serve à atenuação das reprimendas.

Por conta da menoridade atenuo as sanções: 5(cinco) anos, 8(oito) meses de reclusão e 600(seiscentos) dias- multa.

É inviável, pois, pela mesma razão que justificou a exasperação das penas na primeira fase da dosimetria, a pretendida aplicação do §4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, já que inegável o envolvimento do réu com o tráfico de entorpecentes. Do contrário não seria possível que algum outro traficante ocupante de função hierarquicamente superior à sua na quadrilha ou bando lhe confiasse tantas porções de drogas.

O fato de o acusado haver sido surpreendido em estado de flagrância em localidade cujo tráfico de entorpecentes era sabidamente desenvolvido, bem como por conta da enorme quantidade de drogas que trazia para fornecer a consumo de terceiros demonstra sua inegável ligação com atividade criminoso e mais ainda, com criminosos estabilizados.

Como se sabe a figura do traficante solo inexistente neste país. Os pontos de tráfico ou "biqueiras" como corriqueiramente são chamados têm donos e para neles trabalhar é preciso autorização e supervisão sob pena de se pagar com a própria vida.

PENA FINAL: 5 (cinco) anos, 8 (oito) meses de reclusão e 600(seiscentos) dias-multa.

O regime inicial de cumprimento da pena é o fechado consoante prevê a alínea "a", do §2º, do art. 33, do CP, com autorização



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do §3º do mesmo dispositivo pelas mesmas razões que determinaram a exasperação das penas na primeira fase da dosimetria, bem como pelas nefastas consequências do delito cuja prática é aqui punida, que é equiparado a hediondo (fls. 19/21).

Instado a se pronunciar a respeito, o Tribunal a quo negou provimento ao recurso com estes fundamentos:

Na primeira fase, atento aos critérios do art. 59, do Código Penal, o MM. Juízo a quo fixou adequadamente a pena-base acima do mínimo legal, em seis anos de reclusão, em virtude da expressiva quantidade de drogas apreendidas em poder do apelante (16 porções de cocaína em pó, 80 porções de cocaína na forma de pedras de crack e 36 porções de maconha). Cabe, todavia, aplicar-se a pena de multa proporcionalmente à corporal, motivo pelo qual a reduzo ao patamar de seiscentos dias-multa, no mínimo legal.

Não se anotou qualquer circunstância agravante na segunda fase da dosimetria.

Não se anotou qualquer circunstância agravante na segunda fase da dosimetria.

Incabível, aqui, o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, uma vez que o réu negou a prática delitiva em Juízo, tendo afirmado que elevada quantidade de drogas que portava seria para uso próprio.

De outro lado, em razão da menoridade relativa, visto que o apelante contava com menos de vinte e um anos de idade ao tempo dos fatos, mantenho a redução ao patamar de cinco anos e oito meses de reclusão, aplicando-lhe a pena pecuniária na mesma proporção, em Quinhentos e sessenta e seis dias-multa, no mínimo legal.

Na derradeira fase, inexistem causas de aumento.

Incabível a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, visto que o réu portava elevada quantidade de entorpecentes variados (16 porções de cocaína em pó, 80 porções de cocaína na forma de pedras de crack e 36 porções de maconha), além de não ter comprovado atividade lícita, tudo a indicar que se dedica à prática delitiva.

Assim, de acordo com a nova Lei de Drogas, que traz tratamento mais severo a quem comete os delitos nela previstos, o apelante não faz jus à benesse.

Incabível o pleito de reconhecimento da inconstitucionalidade da pena de multa, cominada no preceito secundário do tipo infringido, tal como prevista na Lei nº 11.343/06.

[...]

No mais, indiscutível que, para o delito de tráfico de drogas, o regime inicial é o fechado. Todo indivíduo que participa de narcotráfico revela extrema periculosidade (fls. 80/82).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 as circunstâncias em que foi flagrado portando *elevada quantidade de entorpecentes variados (16 porções de cocaína em pó, 80 porções de cocaína na forma de pedras de crack e 36 porções de maconha)*, além de não ter comprovado atividade lícita, tudo a indicar que se dedica à prática delitiva (fl. 81).

Nesse contexto, o entendimento registrado pela origem está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior firmada no sentido de que a quantidade, a variedade e a natureza das drogas apreendidas pressupõe a dedicação à atividade criminosa, revelando-se suficiente a afastar a aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

No mesmo sentido, vejam-se 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 PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA 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. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. MOTIVOS DIVERSOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. 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. Isso porque, embora as circunstâncias judiciais tenham sido consideradas favoráveis e o paciente seja primário, a variedade, a quantidade e a natureza das drogas apreendidas – *16 porções de cocaína em pó, 80 porções de cocaína na forma de pedras de crack e 36 porções de maconha* – utilizadas na terceira fase da dosimetria para afastar a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º da Lei de Drogas, justificam a fixação do regime prisional mais gravoso.

No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. 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).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, a fixação da pena acima de 4 (quatro) anos impede a sua substituição, nos termos do art. 44, I, do Código Penal – CP.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0237057-5

HC 370.455 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00536419320138260050 20160000286708 536419320138260050 9382013

EM MESA

JULGADO: 10/11/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: DANIELLY SALVIANO PEREIRA SILVA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: RICARDO AUGUSTO CORDEIRO DE SOUZA (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.