



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 328.642 - SP (2015/0155435-1)**

**RELATOR** : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADO** : FLÁVIA QUINTAES LOUVAIN  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : ANDRE WASHINGTON DE OLIVEIRA

### **EMENTA**

*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. AFASTAMENTO DO REDUTOR DE PENA PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. GRANDE QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. TRIBUNAL *A QUO* QUE CONCLUIU QUE TAIS CIRCUNSTÂNCIAS APONTAM QUE O ACUSADO DEDICA-SE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA FIXADA ACIMA DE 4 ANOS. PREVISÃO DO ART. 44 DO CP. IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA HEDIONDEZ DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. REGIME MAIS GRAVOSO MANTIDO. GRANDE QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGAS. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. *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.

– Uma vez que o Tribunal *a quo* não aplicou o disposto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 em razão de o paciente dedicar-se a atividade criminosa, modificar tal entendimento requer revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do *habeas corpus*.

– Mantida a condenação em patamar superior a 4 anos, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

– O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

– Na hipótese, porém, apesar da pena de 5 anos de reclusão, foi apreendida grande quantidade e diversidade de drogas – 450 invólucros de *crack*, pesando 127,2g; 30 pinos de cocaína, com peso de 26,2g; e um tijolo de maconha, pesando 962,9g –, o que recomenda a fixação de regime inicial fechado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

– *Habeas Corpus* não conhecido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de novembro de 2015 (Data do Julgamento).

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 328.642 - SP (2015/0155435-1)**

**RELATOR** : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADO** : FLÁVIA QUINTAES LOUVAIN  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : ANDRE WASHINGTON DE OLIVEIRA

### RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**

**(Relator):**

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de ANDRE WASHINGTON DE OLIVEIRA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0084337-15.2013.8.26.0050.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 às penas de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa.

Inconformados, a defesa e a acusação interpuseram apelação. O Tribunal de origem negou provimento ao recurso defensivo e proveu o recurso ministerial para condenar o paciente às penas de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 dias-multa.

Na presente impetração, a defesa sustenta haver constrangimento ilegal no afastamento da causa de diminuição da pena pelo Tribunal local, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, ao fundamento de que estão presentes na hipótese todos os requisitos que autorizam a aplicação da referida causa de redução de pena, ou seja, o agente é primário, de bons antecedentes, não há provas de que se dedique a atividades criminosas ou de que integre organização criminosa.

Reitera, ainda, os fundamentos anteriormente apresentados à Corte local, apontando ausência de motivação idônea para a manutenção do regime fechado. Ademais, sustenta que o paciente faz jus ao benefício da substituição da pena, na forma do art. 44 do



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Código Penal.

Diante disso, pede, liminarmente e no mérito, que seja aplicado o artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 em seu grau máximo, com o restabelecimento da pena fixada pelo MM. Juiz de Primeira Instância, a fixação do regime aberto, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 46/47).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento da ordem (e-STJ fls. 56/69).

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 328.642 - SP (2015/0155435-1)

### VOTO

**O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**

**(Relator):**

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. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

*PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

*I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min.*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).*

*II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.*

*[...] Habeas corpus não conhecido. (HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).*

*HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...]. (STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).*

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se, na presente oportunidade, o reconhecimento de constrangimento ilegal em virtude da não aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, da fixação do regime inicial fechado e da negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em relação à não aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, segue a fundamentação do acórdão impugnado (e-STJ fls. 30/31):

*Na derradeira etapa do sistema trifásico, foi aplicado o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei de Tóxicos, na fração de 2/3 (dois terços). Contudo, cumpre ressaltar ser incabível a aplicação da referida minorante, uma vez que não se encontram preenchidos os requisitos legais, pois não há dúvidas de que aquele que transporta em via pública 450 invólucros de crack, pesando 127,2g (cento e vinte e sete gramas e dois decigramas); 30 pinos de cocaína, com peso de 26,2g (vinte e seis gramas e dois decigramas), e um tijolo de maconha, pesando 962,9g (novecentos e sessenta e dois gramas e nove decigramas), **está envolvido com o crime organizado e se dedica a atividade criminosa.***

*Dessarte, as sanções devem permanecer inalteradas em cinco anos de reclusão e pagamento de quinhentos dias-multa, à míngua de causas modificativas.*

Portanto, extrai-se que o Tribunal *a quo* formou sua convicção a partir dos elementos fáticos constantes dos autos, concluindo que o ora paciente dedica-se a prática criminosa. Rever esse entendimento demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável em sede de *habeas corpus*. Em hipóteses análogas, decidiu esta Corte:

*PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS E CORRUPÇÃO DE MENORES. ABSOLVIÇÃO E MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE NO WRIT. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO E SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DESCABIMENTO.*

*[...]*

*3. A benesse do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 tem como finalidade punir com menor rigor o traficante não habitual, isto é, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida, de modo que, para fazer jus àquele benefício, o agente deve preencher os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa.*

*4. Rever a conclusão do sentenciante - de que o paciente integrava organização criminosa (Comando Vermelho) e exercia o tráfico de*





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

***drogas de modo profissional e habitual - demandaria incursão no acervo fático-probatório, o que é inviável na via estreita do habeas corpus.***

[...]

8. *Habeas corpus não conhecido* (HC 184.136/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe 8/9/2015).

***HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA DE OFÍCIO.***

***1. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.***

***2. Não há constrangimento ilegal no ponto em que, fundamentadamente, não foi aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, à vista de elementos concretos que indicaram a dedicação do acusado à atividade criminosa do tráfico.***

***3. Para acolher a tese defensiva de que o acusado não se dedica a atividades criminosas, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência vedada na via estreita do habeas corpus.***

[...]

8. *Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, tão somente para que o Juízo das Execuções, mediante concreta fundamentação, analise a possibilidade de fixação de regime inicial mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal* (HC 314.626/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe 26/8/2015).

Importa considerar, ainda, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça 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. Nesse sentido:

***PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE***





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. EXERCÍCIO DO COMÉRCIO ILÍCITO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVERSÃO DAS CONCLUSÕES DO ACÓRDÃO RECORRIDO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Não trazendo o agravante tese jurídica capaz de modificar o posicionamento anteriormente firmado, é de se manter a decisão agravada por seus próprios fundamentos.

2. O Tribunal de origem afirmou expressamente não estarem preenchidos os requisitos para que o recorrente se beneficiasse da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, pois a relevante quantidade de entorpecentes indica o envolvimento do acusado com o tráfico. Para rever a conclusão, necessário seria o reexame de provas, inviável em recurso especial.

3. A teor da jurisprudência desta Corte, é incabível o pedido de concessão de ordem de habeas corpus de ofício como tentativa de burlar a inadmissão do recurso especial.

4. Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp 607.253/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, DJe 22/6/2015).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. REGIME INICIAL FECHADO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE. CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO CABIMENTO. ART. 44, I, DO CP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

**III - No caso dos autos, as circunstâncias do crime (dentre elas, a expressiva quantidade e diversidade de drogas apreendidas - 53,11 g de maconha, 116,58 g de crack e 27,78 g de cocaína) justificam o afastamento da minorante, eis que há indicativo de que o paciente se "dedica a atividades criminosas", inocorrendo, portanto, o permissivo legal previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 (precedentes).**

[...]

Habeas corpus não conhecido (HC 309.244/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 21/5/2015).

Mantida a reprimenda aplicada pelo Tribunal *a quo*, verifica-se que o patamar da pena ultrapassou o limite legal previsto para a incidência do benefício expresso no



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art. 44 do Código Penal. Assim, tem-se como inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, conforme ilustram os seguintes precedentes:

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. 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 MARANHÃO – Desembargador convocado do TJ/SP – Sexta Turma, julgado em 16/10/2014, DJe 3/11/2014).

*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 3/11/2014).*

Por fim, no que toca ao regime prisional, verifica-se que, a despeito da referência, pelas instâncias ordinárias, à hediondez do delito, cujo fundamento para a fixação de regime inicial fechado foi julgado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (HC



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

111.840/ES), no caso, a natureza e a quantidade da droga apreendida, transportada em via pública – 450 invólucros de *crack*, pesando 127,2g; 30 pinos de cocaína, com peso de 26,2g; e um tijolo de maconha, pesando 962,9g –, recomendam a fixação de regime mais gravoso para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Nesse sentido:

*AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROPORCIONALIDADE. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENAS DIVERSO DO FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.*

*1. Para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro da discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar-se para as singularidades do caso concreto, cumprindo-lhe, na primeira etapa do procedimento trifásico, guiar-se pelas circunstâncias relacionadas no caput do art. 59 do Código Penal.*

*2. Condenações anteriores com trânsito em julgado há mais de cinco anos não caracterizam a reincidência, mas podem ser consideradas como maus antecedentes.*

*3. A exasperação da pena-base em 6 meses, diante da circunstância judicial desfavorável - maus antecedentes -, mostra-se razoável e não merece qualquer reparo.*

*4. Nos crimes de tráfico de entorpecentes, a escolha do regime prisional inicial deve levar em consideração a quantidade da pena imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e as demais peculiaridades do caso concreto (como a natureza e a quantidade de drogas apreendidas, por exemplo), para que, então, seja escolhido o regime carcerário que, à luz do disposto no art. 33 e parágrafos do Código Penal, se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.*

*5. Diante do quantum de pena imposta - 6 anos e 5 meses de reclusão - e dos maus antecedentes do agravante, não há qualquer ilegalidade na imposição do modo mais gravoso.*

*6. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 322.686/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 25/8/2015, DJe 11/9/2015) – (grifei).*

*PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA.*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### *LEGALIDADE. REGIME MAIS GRAVOSO. CONFIRMAÇÃO.*

1. O art. 42 da Lei n. 11.343/2006 estabelece que o magistrado, na quantificação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, de modo que a fixação da pena em cinco anos e dez meses de reclusão, na primeira fase da dosimetria, observou a disciplina contida na norma especial.

2. Como é sabido, para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

3. As instâncias ordinárias, após o exame dos elementos probatórios acostados aos autos, concluíram que o agravante se dedicava às atividades criminosas, de forma que, para afastar tal premissa, seria imprescindível o reexame dos fatos e das provas dos autos, o que é inviável em sede de habeas corpus.

**4. Legalidade do regime fechado fixado na origem, não pela hediondez do delito, mas em razão da quantidade e da qualidade da droga apreendida (150g de cocaína), à vista do que dispõe o art. 42 da Lei de Entorpecentes. Precedentes.**

5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC 300.677/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 8/9/2015, DJe 29/9/2015) – (grifei).

**HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO APENAS COM BASE NA VEDAÇÃO LEGAL DO § 1º DO ART. 2º DA LEI N. 8.072/1990, JÁ DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO STF. VEDAÇÃO LEGAL AFASTADA. PACIENTE COM CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ART. 33, §§ 2º E 3º DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

(...)

**- Na espécie, em que pese o regime inicial fechado ter sido estabelecido com base na vedação legal, já declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal, não há razões para flexibilizá-lo, à luz do art. 33 do Código Penal. Isso porque, a despeito de ter sido condenada à pena de 5 anos e 10 meses, a paciente teve a pena-base estabelecida acima do piso legal, em**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*razão da grande quantidade de drogas apreendidas, circunstância que torna possível a fixação do regime inicial fechado, consoante dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 59, ambos do Código Penal. Precedentes.*

- *Habeas Corpus não conhecido.* (HC 298.410/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 22/9/2015, DJe 30/9/2015).

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

É o voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0155435-1

**HC 328.642 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00843371520138260050 20150000035023 20150000267163 843371520138260050

EM MESA

JULGADO: 17/11/2015

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
ADVOGADO : FLÁVIA QUINTAES LOUVAIN  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : ANDRE WASHINGTON DE OLIVEIRA

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 Ribeiro Dantas, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.