



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 364.022 - MG (2016/0194059-0)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : CARICIO FORNAZIER JUNIOR
ADVOGADO : CARICIO FORNAZIER JUNIOR - MG097870
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : REGINALDO ALVES DE PAULA (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. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. 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. 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 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, o entendimento registrado pela origem está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior firmada no sentido de que a expressiva quantidade de drogas, circunstâncias do delito que 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.

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.

3. 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, as drogas apreendidas – 530,13g de *cocaína* e 475,98g de ácido bórico – tidas como expressiva quantidade de drogas, utilizada 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.

4. O entendimento consignado pelo Tribunal de origem quanto à negativa de substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, ante a ausência de preenchimento dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

requisitos previstos no art. 44, inciso I, do Código Penal, está em consonância com a jurisprudência desta Corte.

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), 17 de novembro de 2016(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 364.022 - MG (2016/0194059-0)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
IMPETRANTE : CARICIO FORNAZIER JUNIOR
ADVOGADO : CARICIO FORNAZIER JUNIOR - MG097870
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : REGINALDO ALVES DE PAULA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (Relator):

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de REGINALDO ALVES DE PAULA, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (Apelação Criminal n. 1.0701.12.037953-5/001).

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito do art. 33 § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de entorpecentes), à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 166 dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por pena pecuniária de dois salários mínimos e prestação de serviços à comunidade (fls. 25/37).

Irresignado, o Ministério Público interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual proveu o recurso para afastar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e fixar a pena em 5 anos de reclusão, mantido o regime inicial fechado e afastada a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade. O acórdão foi assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - CONSIDERÁVEL QUANTIDADE DE DROGAS - TRÁFICO PRIVILEGIADO - ART. 33, § 4º LEI 11343/06 - AFASTAMENTO - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS - IMPOSSIBILIDADE.

Sendo o acusado preso com expressiva quantidade de drogas, impõe-se o afastamento da minorante do § 4º do artigo 33 da Lei 11343/06, pois que desconfigura o agente como traficante ocasional, não fazendo jus a esta benesse. A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos somente é viável quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, bem como levada em consideração a quantidade e natureza de droga apreendida.

V.V.. Primário, de bons antecedentes e não havendo comprovação de que se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa, deve operar em seu favor, a minorante prevista



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, em seu grau máximo. Reconhecida a modalidade de tráfico privilegiado fica afastada a natureza hedionda do delito, possibilitando o cumprimento inicial de pena em regime diverso do fechado e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (fl. 38).

Daí o presente *mandamus*, no qual o impetrante ressalta a primariedade do paciente e afirma inexistir provas de que este se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa, tendo preenchido os requisitos para aplicação da minorante do § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06 em patamar máximo.

Sustenta, ainda, a possibilidade de fixação de regime inicial aberto, com a substituição por pena restritiva de direitos. Em que pese a condenação ter transitado em julgado, aduz ser desnecessária a segregação antecipada por ausência dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal – CPP.

Requer, em liminar e no mérito, a aplicação do § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06 em patamar máximo, bem como fixação de regime inicial aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Indeferida a liminar (fls. 62/66) e prestadas as informações solicitadas (fls. 72/95), o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *mandamus* (fls. 101/103).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 364.022 - MG (2016/0194059-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (Relator):

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. 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 aberto para cumprimento da pena, com 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:

[...]

Em consequência, em obediência ao preceito constitucional insculpido no artigo 5º, XLVI, passo à sua dosimetria, observando-se as diretrizes do artigo 68, caput, do CP e artigo 387, § 2º do CPP.

A respeito da natureza da droga, de forma comprovada é nociva ao organismo humano, causando indubitável maléfico à saúde pública, objetividade jurídica deste delito, portanto, valoro-a negativamente.

A considerável quantidade de droga apreendida.

Verifico que o acusado agiu com culpabilidade normal ao delito, nada tendo a se valorar como fator que fuja ao alcance do tipo.

Não registra antecedentes.

No que tange a conduta social, sob o enfoque do acervo probatório não pode ser evidenciada.

O motivo foi normal para o delito, ditado pela vontade de lucro fácil, alto e rápido e satisfazer o seu vício.

No que se refere às circunstâncias, normais para o tipo penal em análise.

As consequências são próprias do delito.

Por fim, anoto que o comportamento da vítima, no caso a própria sociedade, em nada contribui para o crime.^

-PENA BASE-

Ponderadas estas circunstâncias judiciais, e considerando-as preponderantemente favoráveis ao réu, quais sejam,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fixo-lhe a pena base em 05 (cinco) anos de reclusão.

-CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES-

Não há circunstancias agravantes a ser analisada.

-CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES-

Não há circunstancias agravantes a ser analisada.

-CAUSAS DE AUMENTO DE PENA-

Não há causa de aumento de pena para ser ponderada.

-CAUSAS DE DIMINUIÇÃO DE PENA-

A causa de diminuição de pena prevista no §4º do artigo 33 da Lei em estudo é um direito subjetivo do réu, não encontrando óbice de natureza constitucional para sua aplicação.

Assim, preenchidos os seus requisitos informadores deve a causa de diminuição de pena ser aplicada.

[...]

Dessa forma, sopesadas as circunstâncias que motivaram a aplicação da pena, quantidade de substância entorpecente encontrada com o réu, diminuo da sua reprimenda o equivalente a 2/3 (dois terços), ou seja: 40 (quarenta) meses. Estabelecendo, desta forma, sua pena em 20 (vinte) meses, perfazendo um total de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão.

-REGIME PRISIONAL-

atendendo as disposições contidas nos §§ 2º e 3º do artigo 33 do Código Penal Brasileiro, fixo o regime prisional para início do cumprimento da reprimenda no regime FECHADO.

[...]

-SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL PELA RESTRITIVA DE DIREITOS-

Considerando os termos da Resolução do Senado Federal n. 05/2012, publicada em 16/02/201, que suspendeu a expressão vedada a conversão em penas restritivas de direitos, contida no §4º, do artigo 33 da Lei 11.343/2006, bem como o fato de que se trata a condenação a pena superior a 01 (um) ano, com base no estabelecido na atual redação do artigo 44, § 2º, do Código Penal, com as alterações decorrentes da edição da Lei nº 9.714 de 1998, SUBSTITUO a pena privativa de liberdade aplicada por 02 (duas) penas restritivas de direito, sendo uma de prestação pecuniária no valor de 02 (dois) salários mínimos em favor de uma entidade assistencial, a ser paga nos termos estabelecidos pelo Juízo da Execução Penal e a outra consistente em prestação de serviço à comunidade, no montante de 01 (uma) hora de tarefa por dia de condenação, devendo o réu cumprir a condenação imposta em local a ser indicado pelo Juízo da Execução Penal.

[...] (fls. 32/36).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Tribunal de origem, contudo, afastou a aplicação da redutora, assinalando:

Com a devida vênia ao eminente Desembargador Relator da presente espécie recursal, de seu entendimento esposado estou divergindo, pelas seguintes considerações:

Após detida análise dos autos, tem-se que o Laudo Toxicológico Definitivo de fls.24A/24B foi concludente acerca da quantidade de droga apreendida, bem como a forma na qual estava acondicionada:

1) substância em pó de cor branco-amarelada, pesando 530,13g, acondicionada em um vasilhame plástico com tampa (para sorvete) e em 54 invólucros plásticos transparentes pequenos;

2) resíduos de substância em pó de cor branca (...)

- uma balança digital branca, modelo SCA-301, com capacidade para 5000g/1g, em bom estado de funcionamento;

3) substância cristalizada, branca, pesando 475,98g, acondicionada em um invólucro plástico;

4) 100 ml de líquido um frasco plástico com capacidade para 100 ml, rotulado "solução a base de acetona" - Farmax;

5) dois frascos plásticos com capacidade para 500 ml, contendo respectivamente 500 ml e 100 ml de líquido incolor, rotulados "Removex - éter alcoolizado".

Realizadas as análises foi constatada a presença de COCAÍNA nas substâncias descritas nos itens 1 e 2, e no item 3 trata-se de ácido bórico.

A Lei 11.343/2006, trouxe a figura do tráfico privilegiado, considerando causa de diminuição de pena a conduta do executor primário e que tenha bons antecedentes, assim como, não se dedique à atividade criminosa e nem seja integrante de organização criminosa.

(...)

Nesse contexto, em que pese ser o apelado réu primário e possuir bons antecedentes, inaplicável a minorante do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, haja vista ser a quantidade de droga apreendida bastante expressiva, desconfigurando o agente como traficante ocasional.

Há de se ressaltar que a grande quantidade de drogas é um dos relevantes parâmetros a serem considerados, tanto no reconhecimento do tráfico como na dosimetria da pena. Com efeito, não se mostra razoável que uma pessoa manejando grande quantidade de droga ostente a condição de traficante eventual, de modo a fazer jus à benesse do legislador (fls. 44/49).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 expressiva quantidade da droga apreendida (530,13g de cocaína e 475,98g de ácido bórico), além de petrechos que evidenciam a rotineira comercialização de entorpecentes.

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, 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 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, DJe



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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). Escorrei 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, DJe 16/05/2016).

Ademais, a reforma do entendimento da instância ordinária quanto à dedicação do paciente a 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:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

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 pelo impetrante.

Quanto ao regime inicial para cumprimento da reprimenda, 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 Código Penal 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 das Súmulas do Supremo Tribunal Federal.

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 natureza, a variedade e a considerável quantidade da droga apreendida – 530,13g de cocaína e 475,98g de ácido bórico – tidos como expressiva quantidade de drogas, 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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Código Penal.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0194059-0

HC 364.022 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 03795357920128130701 10701120379535001 3795357920128130701 701120379535

EM MESA

JULGADO: 17/11/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSE ADONIS CALLOU DE ARAUJO SA**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : CARICIO FORNAZIER JUNIOR
ADVOGADO : CARICIO FORNAZIER JUNIOR - MG097870
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : REGINALDO ALVES DE PAULA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

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.