



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 309.123 - SP (2014/0298054-8)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUCAS AKIRA PASCOTO NISHIKAWA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : YAGO FELIPE MONTEIRO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS MAJORADO PELO LOCAL DA INFRAÇÃO. 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. *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 considerável quantidade e a variedade 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 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 variedade e a quantidade das drogas apreendidas - *44 porções de*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cocaína, 23 porções de 'crack' e 15 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.

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), 16 de agosto de 2016(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 309.123 - SP (2014/0298054-8)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUCAS AKIRA PASCOTO NISHIKAWA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : YAGO FELIPE MONTEIRO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública Estadual em favor de YAGO FELIPE MONTEIRO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0015839-61.2013.8.26.0050.

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, III, ambos da Lei n. 11.343/06 (tráfico de entorpecentes majorado pelo local da infração).

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

Apelação criminal - Tráfico de entorpecentes. Pretendida a absolvição por insuficiência de provas. Impossibilidade. Inviável a absolvição se as circunstâncias que envolvem os fatos, a variedade e quantidade de drogas, e a forma como estavam embaladas, dentre outras, evidenciam a prática do tráfico de entorpecentes - Não se pode negar valor aos depoimentos de policiais quando os mesmos são essencialmente harmônicos e não se vislumbra nenhuma razão para incriminarem injustamente o réu - Recurso não provido (fl. 65).

No presente *writ*, sustenta a impetrante, em síntese, que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, 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 de regime inicial mais brando, foi estabelecido o regime inicial fechado. Aduz que a hediondez e a gravidade abstrata do delito não são fundamentos idôneos para justificar o regime mais gravoso, sob pena de afronta aos Enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal - STF, bem como ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

O pedido liminar foi indeferido e foram dispensadas informações (fls. 77/78).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 86/88).
É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 309.123 - SP (2014/0298054-8)

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.

Busca-se, na presente impetração, a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas e a fixação de regime inicial mais brando para cumprimento da reprimenda. 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:

[...]

*Considerando os elementos constantes no artigo 59, do Código Penal, atento às circunstâncias e conseqüências do delito praticado, ponderada a **primariedade** e **menoridade relativa** do acusado, **fixo a pena base no mínimo legal de 05 (cinco) anos de reclusão** e pagamento de 500 (quinhentos) dias multa, piso legal.*

Na segunda fase, verifico que o denunciado era menor de 21 anos à época dos fatos. Contudo, tal circunstância já fora devidamente analisada para fixação da pena base no mínimo legal. Assim, atenuar a pena abaixo do mínimo legal imposto, atentaria aos preceitos estabelecidos pela Súmula 231 do STJ.

*Na terceira e última fase, de acordo com o artigo 40, inciso III da Lei 11343/06, aumento a pena em 1/6, resultando em **05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão**, e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa. piso legal.*

Não é o caso de aplicação do §4º do artigo 33 da lei 11343/06, vez que a variedade de droga apreendida (maconha, cocaína e crack), a quantidade e a forma como estavam acondicionadas, permitem concluir que o acusado é adepto à atividade criminosa do tráfico ilícito de entorpecentes.

[...].

Torno definitivas as reprimendas acima à míngua de circunstâncias modificadoras.

*Iniciará o réu o cumprimento de sua pena em **regime fechado**, não podendo desta apelar em liberdade, posto que ausentes os requisitos legais para tanto. [...]* (fls. 19/20).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Tribunal de Justiça estadual, por unanimidade, negou provimento ao recurso mantendo integralmente a sentença de primeiro grau. Transcrevo, oportunamente, o seguinte excerto do acórdão impugnado, *verbis*:

[...]

Quanto à pena, a sentença não merece reparo.

O MMº Juiz o quo, na primeira fase da dosimetria, atento ao disposto no artigo 59 do CP, **fixou a pena-base no mínimo legal** (05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo legal), porque nenhuma circunstância judicial é desfavorável ao réu.

Na **segunda fase** da dosimetria, a pena ficou mantida sem alteração, uma vez que, mesmo sendo o réu menor de 21 anos na data dos fatos, tal circunstância atenuante não pode diminuir a pena aquém do mínimo legal, nos termos da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça: "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir a pena abaixo do mínimo legal".

Já na **terceira fase**, incidindo a causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06, uma vez que **o delito se deu nas imediações de estabelecimento de ensino**, o sentenciante aumentou corretamente a pena em 1/6, tornando-a definitiva em **05 anos e 10 meses de reclusão** e pagamento de 583 dias-multa, no valor unitário mínimo legal,

Consigne-se que, na terceira fase, **deixou-se de aplicar a causa especial de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, uma vez que a quantidade e variedade de entorpecentes apreendida evidencia que o réu se dedica à atividade criminosa de maneira habitual, pois não se pode imaginar que traficante iniciante e eventual tivesse em seu poder tamanha quantidade de drogas, o que afasta definitivamente a possibilidade de reconhecimento de tal benefício.**

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, não apenas em razão da quantidade da pena e da natureza do crime, que gera graves prejuízos sociais, merecendo, por isso mesmo, tratamento mais severo a partir da Carta Constitucional, a exemplo dos crimes hediondos (art. 5º, XLIII), aos quais o legislador entendeu por bem equiparar o tráfico de drogas (art. 2º, Lei 8.072/90), mas, notadamente, por se verificar que, in casu, face à evidência de não se tratar de pequeno e eventual traficante, tendo em vista a quantidade de drogas apreendidas (44 porções de cocaína, 23 porções de "crack" e 15 porções de maconha), tal medida não seria socialmente recomendável. Pelas mesmas razões, não há que se cogitar da fixação de outro regime, que não o fechado, estabelecido na sentença. [...] (fls. 70/71).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 natureza, a variedade e a quantidade das drogas apreendidas - 44 porções de cocaína, 23 porções de 'crack' e 15 porções de maconha.

Nesse contexto, o entendimento registrado pela origem está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior firmada no sentido de que a quantidade e a variedade 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 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 e a quantidade das drogas apreendidas - *44 porções de cocaína, 23 porções de 'crack' e 15 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 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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: 2014/0298054-8

HC 309.123 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00158396120138260050 15839612013 158396120138260050 20140000505570 3422013

EM MESA

JULGADO: 16/08/2016

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	: LUCAS AKIRA PASCOTO NISHIKAWA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: YAGO FELIPE MONTEIRO (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.