



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 394.194 - SP (2017/0071212-3)**

**RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**ADVOGADO : THIAGO DE LUNA CURY**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE : FERNANDO SERGIO DO NASCIMENTO**

### **EMENTA**

*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 TRAFICAVA COM HABITUALIDADE. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES CIRCUNSTÂNCIA QUE TAMBÉM EVIDENCIA A DEDICAÇÃO DO PACIENTE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE EXPRESSIVA E NATUREZA ESPECIALMENTE DELETÉRIA DA DROGA. 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 de entorpecentes apreendidos 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,



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a observância do disposto no art. 33, § § 2º e 3º, do Código Penal.

5. A valoração negativa da natureza e quantidade 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 que não excede 8 (oito) anos de reclusão, a expressiva quantidade e natureza especialmente deletéria da droga apreendida justifica a fixação do regime inicial fechado.

7. *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, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de setembro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 394.194 - SP (2017/0071212-3)**

**RELATOR** : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADO** : THIAGO DE LUNA CURY  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : FERNANDO SERGIO DO NASCIMENTO

### RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de FERNANDO SERGIO DO NASCIMENTO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0000333-71.2015.8.26.0536).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, incidente a minorante constante do § 4º do mesmo artigo (e-STJ fls. 21/25).

Irresignadas, as partes interpuseram apelações, sendo que o recurso da defesa foi improvido e o ministerial parcialmente provido para afastar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, razão pela qual a pena do paciente foi redimensionada para 5 anos de reclusão e multa, mantido o regime inicial fechado (e-STJ fls. 26/40). Segue a ementa do acórdão:

*APELAÇÃO CRIMINAL - Tráfico ilícito de entorpecentes - Recurso defensivo - Absolvição - Impossibilidade - Materialidade delitiva e autoria sobejamente demonstradas nos autos - Validade do depoimento dos policiais - Quantidade de entorpecentes e circunstâncias da apreensão que evidenciam a destinação à mercancia - Crime de conteúdo variado, que se consuma com a presença de um dos verbos núcleos do tipo penal - Condenação bem decretada - Abrandamento do regime prisional descabido diante do acolhimento do pedido ministerial para afastamento da figura privilegiada - Recurso desprovido.*

*Recurso ministerial - Condenação no tocante ao delito de RECEPÇÃO - Inviabilidade - Arcabouço probatório que resulta em dúvida sobre quem detinha a posse da motocicleta apreendida - Pretendida majoração da pena-base e afastamento da causa de redução prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 - Acolhimento,*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*em parte - Manutenção da básica no mínimo legal - Quantidade e natureza dos entorpecente apreendidos que deve ser considerada para o afastamento do aludido redutor - Utilização simultânea destes fatores para majorar a básica e extirpar a benesse legal que importaria em inegável 'bis in idem' - Precedentes - Recurso parcialmente provido.*

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 1/12), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois o redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 deve ser aplicado ao caso dos autos, porquanto *não se olvida que é jurisprudência pacífica que a quantidade de droga, se não analisada na primeira fase, poderia determinar a gradação do quantum de redução que seria aplicada ao caso. Entretanto, a quantidade de droga não pode servir como argumento para afastar essa redução, pois este Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que a causa de diminuição de pena, prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, é um direito subjetivo do condenado* (e-STJ fl. 6).

Além disso, entende que o paciente faz jus a regime prisional mais brando, uma vez que, *após as reformas necessárias, a pena restará fixada em 01 (um) ano e 08 (oito) meses (mesmo sem qualquer reforma a pena é inferior a 08 anos), ante a incidência da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, e, computando-se o tempo de prisão provisória, restará cerca de 01 (um) ano de pena a ser cumprida, não ultrapassando, certamente, os 04 (quatro) anos, o que a impossibilita a fixação de regime diverso do aberto* (e-STJ fl. 9); subsidiariamente, defende ser aplicável à hipótese o regime inicial semiaberto, pois *mesmo que não haja redução, pelos mesmos fundamentos deve ser estabelecido o regime inicial semiaberto, já que o recorrente é primário, de bons antecedentes, as circunstâncias judiciais são favoráveis e a pena é menor que 08 anos* (e-STJ fl. 11).

Ao final, formula pedido liminar para que o paciente aguarde em regime aberto o julgamento deste *writ* e, no mérito, pede a concessão da ordem para que a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 seja aplicada, bem como seja fixado regime prisional mais brando.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 43/45).

As informações foram prestadas às e-STJ fls. 53/75.

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls. 83/89, opinou pelo não conhecimento do *writ* ou, se conhecido, pela denegação da ordem, conforme a seguinte ementa:

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADMISSIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA APREENDIDA E CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRECEDENTES. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE.*

*Parecer do MPF pela inadmissibilidade do pedido, e, se admitido, pela denegação da ordem.*

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 394.194 - SP (2017/0071212-3)**

### 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. 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*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*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, em síntese, o reconhecimento de constrangimento ilegal na negativa de aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e na fixação do regime inicial fechado.

No que toca ao redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, segue a fundamentação utilizada pelo Tribunal *a quo* para afastar a respectiva incidência (e-STJ fls. 37/39):





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Frente a este panorama, na última etapa do itinerário trifásico, sem desdouro ao entendimento perfilhado na origem, razão assiste ao nobre membro do Parquet, porquanto incabível a aplicação do redutor aludido no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06.*

*In casu, a natureza e a substancial quantidade de entorpecentes apreendidos (65,0g de cocaína), apta a atingir várias dezenas de usuários, aliada às demais circunstâncias que envolveram os fatos, tais como a forma de embalagem e a prática do crime em ponto conhecido pela alta incidência da traficância, demonstram que o apelante, de fato, dedicava-se às atividades criminosas, não de forma isolada, mas como meio de vida.*

*Ademais, como dito alhures, o art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da indigitada Lei.*

*Demais disso, não é crível que tamanho volume de substâncias ilícitas fosse repassado para um indivíduo que não estivesse bem inserido na engrenagem odiosa do crime, até porque, como suscitado alhures, Fernando não comprovou satisfatoriamente exercer qualquer ocupação lícita.*

*Destarte, o caso concreto revela que o acusado não faz jus, de forma alguma, à aplicação do aludido redutor.*

*Nesse sentido, manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça:*

*[...]*

*Sem outras circunstâncias com aptidão para modificar a sanção, fica o apelante definitivamente condenado à pena de 05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa.*

Dessa forma, extrai-se que as instâncias ordinárias formaram o seu convencimento a partir do acervo probatório, a denotar que o tráfico operado não se dava de forma eventual, mas sim com habitualidade.

Entendimento contrário ao manifestado supra demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via estreita do *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.*





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*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 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 amalhado 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*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*do Código Penal. (HC 314.626/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe 26/8/2015).*

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 das substâncias apreendidas permitem aferir que o agente se dedica a atividade criminosa. Seguem ementas de julgados desta Corte:

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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*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", incorrendo, 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).*

E, na espécie, a negativa de aplicação do redutor também pautou-se na expressiva quantidade da droga apreendida (65g de cocaína), fundamento que apenas reforça o entendimento de que o paciente se dedicava a atividades criminosas.

Portanto, não há falar em ilegalidade na negativa de aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

No que toca ao regime prisional, o Supremo Tribunal Federal, 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.

No caso, seguem os fundamentos exarados na origem para estabelecer o regime inicial fechado (e-STJ fls. 39/40):

*Noutro giro, revestida de justeza a fixação do regime fechado para início do cumprimento da pena. Ora, os fatos são deveras graves. Cuida-se de crime equiparado a hediondo, que constitui verdadeiro cancro social e fomenta a prática de outros tantos delitos, de maneira que o tratamento penal dispensado deve condizer com a perniciosidade que se apresenta.*

*Nesse contexto, regime inicial mais brando não atenderia aos fins da pena, nem surtiria efeito na assimilação da terapêutica penal por parte do acusado, que traficava significativa quantidade de cocaína, estupefaciente revestido de alta toxicidade.*

Dessa forma, extrai-se que, embora o paciente seja primário e a condenação não supere 8 anos de reclusão, a expressiva quantidade e natureza especialmente deletéria da droga apreendida – 65g de cocaína –, constitui fundamento idôneo para o recrudescimento do regime prisional, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No ponto, importa considerar que o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a valoração negativa da quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade. Nesse sentido:

*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. PROCEDÊNCIA. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. REGIME FECHADO COMPATÍVEL. SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. QUANTIDADE DA PENA APLICADA. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

*[...]*

*II - No caso dos autos, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas - 30 porções de cocaína, com peso líquido de 45,3 g, 37 pedras de crack, com peso líquido de 13,3 g e mais 22 porções de maconha, com peso líquido de 16,9 g - justificam o afastamento da minorante, eis que há indicativo de que o paciente se "dedica a atividades criminosas", incorrendo, portanto, o permissivo legal previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.*

*III - O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90 - com redação dada pela Lei n.º 11.464/07. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, § 2º e 3º do Código Penal.*

*IV - Todavia, in casu, não se pode olvidar que a quantidade e variedade dos entorpecentes foi considerada na terceira fase da dosimetria da pena, para afastar a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Forçoso concluir, assim, que a referida circunstância autoriza a fixação do regime inicial fechado, nos termos do art. 33, § 2º e § 3º, do Código Penal (precedentes).*

*V - Não restam cumpridos os requisitos do art. 44 do Código Penal para a substituição da prisão por pena restritiva de direitos, diante do quantum da pena aplicada (inciso I).*

*Habeas Corpus não conhecido, cassada a liminar. (HC 338.068/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 28/4/2016).*

*HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NÃO*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CONHECIMENTO.

1. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

2. Mantido o regime inicial fechado e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos pelo Tribunal de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, em especial a quantidade e a natureza da droga apreendida - 25,5 g de cocaína - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

3. Habeas corpus não conhecido. (HC 321.231/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 11/9/2015).

Portanto, também nesse ponto, inexistente ilegalidade a ser reparada na presente via mandamental.

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

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0071212-3

**HC 394.194 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00003337120158260536 20170000095824 3337120158260536 4632015

EM MESA

JULGADO: 19/09/2017

#### **Relator**

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

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   | : THIAGO DE LUNA CURY                        |
| IMPETRADO  | : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| PACIENTE   | : FERNANDO SERGIO DO NASCIMENTO              |

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.