



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 390.931 - SP (2017/0047735-6)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DOUGLAS SCHAUERHUBER NUNES - SP332595
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RENATO PEDROSO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, C/C O ART. 40, VI, AMBOS DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. PLEITO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE E NOCIVIDADE DA DROGA, VALORADAS NA TERCEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA, QUE ENSEJAM A NECESSIDADE DO REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. INVIABILIDADE. MONTANTE DA PENA QUE NÃO COMPORTA O BENEFÍCIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *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.

– 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.

– A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a natureza



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas para embasar a não incidência da minorante do privilégio, quando, juntamente com as circunstâncias do delito, evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

– Na espécie, infere-se que o Tribunal de origem conferiu legalidade ao não reconhecimento do privilégio, ao destacar que a quantidade e a nocividade do entorpecente apreendido, aliadas às circunstâncias em que ocorreu o delito, indicativas do tráfico habitual, são elementos que permitem concluir que há dedicação às atividades criminosas. Modificar tal entendimento importa revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do *writ*. Precedentes.

– Inalterada a pena corporal, fica inviável o acolhimento do pleito de sua substituição por medidas restritivas de direitos, pois o montante da sanção não atende ao requisito objetivo do art. 44, I, do CP.

– O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 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 necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719 do STF.

– Hipótese em que, apesar da primariedade do paciente e de o montante da pena (5 anos e 10 meses de reclusão) comportar o regime inicial semiaberto, as instâncias de origem fundamentaram a necessidade do regime mais gravoso, com lastro na gravidade concreta do delito, evidenciada pela quantidade e nocividade do entorpecente apreendido, elementos que, inclusive, foram valorados na terceira etapa da dosimetria da pena. Inteligência 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, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de junho de 2017(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 390.931 - SP (2017/0047735-6)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DOUGLAS SCHAUERHUBER NUNES - SP332595
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RENATO PEDROSO (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de RENATO PEDROSO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0021767-22.2014.8.26.0320).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 6 anos e 3 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, incidentes as majorantes previstas no art. 40, incisos III e VI, do mesmo estatuto (fls. 19/40).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi parcialmente provido para excluir uma das majorantes, alterando a fração de aumento para 1/6, razão pela qual a pena do paciente foi redimensionada para 5 anos e 10 meses de reclusão e multa, mantido o regime inicial fechado (fls. 13/18). Segue a ementa do acórdão:

TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. Recurso Defensivo. Preliminares de nulidade do feito repelidas. Legalidade de prisão em flagrante realizada por guardas municipais. Inteligência do CPP, art. 301 e da Lei nº 13.022/14. Inexistência de violação ao CPP, art. 185, § 2º. Expressa previsão legal de que a instrução é iniciada pelo interrogatório, nos termos da Lei nº 11.343/06, art. 57, caput e do CPP, art. 394, § 2º. Absolvição. Impossibilidade. Autoria e materialidade bem delineadas, o que arreda a pretendida desclassificação para o delito previsto no art. 28. Afastamento da causa especial de aumento prevista na Lei Especial, art. 40, III. Penas readequadas. Manutenção do regime fechado. Provimento parcial.

No presente *mandamus* (fls. 1/12), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois manteve a sentença no ponto em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que não aplicou o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, embora preenchidos os requisitos legais para a sua incidência. Afirma que a quantidade da droga apreendida não justifica a negativa de incidência do benefício, além de não ser expressiva. Aduz que, diversamente do que constou da denúncia, trata-se 44,5g de cocaína. Também assevera que o regime prisional foi estabelecido com base na gravidade abstrata do delito, fundamento que reputa inidôneo, devendo ser estabelecido regime mais brando. Por fim, em consequência do pleiteado redimensionamento da pena, defende ser cabível a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Ao final, formula pedido liminar para que o paciente aguarde em regime mais brando o julgamento deste *writ* e, no mérito, pede a concessão da ordem para que seja reconhecida a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em seu patamar máximo, redimensionando-se a pena do paciente, além da fixação de regime prisional mais brando e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Pedido liminar indeferido (fls. 45/47).

Informações prestadas às fls. 57/66 e 69/98.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela denegação da ordem, caso conhecida.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 390.931 - SP (2017/0047735-6)

VOTO

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

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpra analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Quarta Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Como já consignado no relatório, busca-se, na presente impetração, a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, redimensionando-se a pena do paciente, com a consequente fixação de regime mais brando e aplicação do art. 44 do CP.

A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

No caso, o sentenciante não reconheceu a figura do tráfico privilegiado,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, com lastro na seguinte fundamentação (fls. 33/37):

O artigo 33, parágrafo 4º, da lei agora em vigor, dispõe que: "as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa".

Ao dispor que as penas "poderão" ser reduzidas, evidentemente referindo-se às penas previstas no "caput" daquele dispositivo, a norma em questão não impõe a redução da pena, em todos os casos, aleatoriamente, o que ofenderia à Constituição Federal. A norma do parágrafo 4º em questão prevê situações que, se constatadas, certamente inviabilizarão, por completo, o benefício.

Devem ser analisadas tais circunstâncias em cada caso.

Assim, caso seja o réu reincidente, tenha maus antecedentes, dedique-se a atividades criminosas ou integre organização criminosa, em hipótese alguma fará jus à redução da sua pena.

Mas, sendo primário, tendo bons antecedentes, e não se dedicando a atividades criminosas, nem sendo integrante de organização criminosa, poderá ou não fazer jus à redução da sua pena de um sexto a dois terços, conforme as circunstâncias do caso concreto. Aqui, entendo que o julgador deve socorrer-se, ainda, dos artigos 42 da Lei 11.343/06 e 59 do Código Penal e das peculiaridades do caso concreto, quer para verificar a viabilidade da aplicação do redutor da pena, quer para aplicar a redução mais adequada à hipótese.

Assim, é imprescindível, para a perfeita individualização das penas, e para evitar-se a eterna banalização das penas mínimas, que certamente não corresponde ao intuito do legislador nem aos anseios sociais, menos ainda ajusta aplicação da lei ao caso concreto, analisar criteriosamente, além das condições previstas no parágrafo 4º do artigo 33, também as circunstâncias e conseqüências do crime, a culpabilidade, a conduta social e a personalidade do agente, e os motivos que o levaram à prática da infração.

(...)

Evidencia-se, então, do texto da norma referida, que o legislador quis favorecer o autor eventual de tráfico de "pequena" monta, e não aquele que se dedica permanentemente a tal atividade criminosa.

Assim, há uma única interpretação capaz de compatibilizar o referido dispositivo legal, com o texto constitucional. Para tal, basta reservar a referida diminuição de pena para hipóteses, extremamente, excepcionais e especiais, em que todas as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias sejam absolutamente favoráveis ao autor do delito.

No caso dos autos, não há uma hipótese de extrema excepcionalidade a autorizar a redução. A natureza da substância entorpecente apreendida, qual seja, a cocaína possui efeitos devastadores.

Além disso, a quantidade de narcóticos apreendida é expressiva, sendo que estava embalada da forma típica como o entorpecente é fornecido à venda e o réu foi preso em local onde o comércio de drogas é praticado com habitualidade, segundo as informações dos policiais.

O tráfico de drogas, não se olvide, é um crime praticado por organizações criminosas. É fato notório que, atualmente, facções criminosas estão à frente desta atividade ilícita (...).

O Tribunal de origem, por sua vez, manteve o não reconhecimento da minorante em tela, tendo o voto condutor do acórdão recorrido consignado que (fl. 18):

A despeito da primariedade, realmente, não era mesmo o caso de aplicação do redutor da Lei nº 11.343/06, art. 33, § 4º, diante das peculiaridades, porque foi preso, trazendo consigo, considerável quantidade de cocaína (88 g), destacando-se, ainda, a falta de demonstração de que exerceria qualquer atividade lícita, indubitáveis indicadores de dedicação a atividades criminosas, fazendo, do comércio ilícito de drogas, o modo de vida, lembrando-se que a mitigação não é direito subjetivo.

Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.

Contudo, na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o *quantum* da redução retromencionada, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Logo, a quantidade, a variedade e a nocividade da droga, bem como as circunstâncias nas quais foi apreendida, são elementos que evidenciam a dedicação à atividade criminosa e, em decorrência, podem embasar o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Nesse sentido, conferir: HC 362.266/RS, deste Relator, Quinta Turma, julgado em 15/09/2016, DJe 23/09/2016 e HC 326.519/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 30/06/2016, DJe 03/08/2016.

Na espécie, pela leitura dos excertos acima transcritos, infere-se que o Tribunal de origem conferiu legalidade ao não reconhecimento do privilégio, ao destacar que a quantidade e a nocividade do entorpecente apreendido (*88g de cocaína*), aliadas às circunstâncias em que ocorreu o delito, indicativas do tráfico habitual, são elementos que permitem concluir que há dedicação às atividades criminosas.

Por outro lado, embora a defesa alegue, na inicial, que o caso envolveu a quantidade de 44,5g de cocaína, e não 88g, como consta na denúncia, sentença e acórdão, destaco que, ainda assim, a quantidade não é inexpressiva, sendo suficiente para embasar, juntamente com os demais elementos dos autos, a dedicação à atividade ilícita. Por outro lado, a defesa não acostou provas que demonstrassem o equívoco, como exige a presente ação constitucional.

Assim, tendo havido fundamentação concreta, pelo Tribunal local, para não aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, concluo que, para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que o paciente não se dedica às atividades criminosas, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução probatória, o que, como cediço, é vedado na via estreita do *habeas corpus*, de cognição sumária.

Nessa linha:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DAS DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. A aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 depende do convencimento do Magistrado, de que o apenado, primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades delituosas nem integre organização criminosa. In casu, o entendimento registrado na origem está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior, firmada no sentido de que a considerável quantidade, a variedade e a natureza das drogas apreendidas, pressupõe a dedicação à atividade criminosa, revelando-se suficiente a afastar a aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

3. A reforma do entendimento das instâncias ordinárias quanto à dedicação dos pacientes às atividades criminosas constitui matéria que refoge ao restrito escopo do habeas corpus, porquanto demanda percuente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

(...)

Habeas corpus não conhecido. (HC 375.681/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 24/02/2017) - grifei.

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL INTERMEDIÁRIO. ADEQUADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

3. **Concluído pelas instâncias antecedentes, com base na quantidade e na variedade de drogas apreendidas - 5 tijolinhos de maconha (10g), 122 tijolos de maconha (244g) e 4 petecas de cocaína (3,32g) - e nos depoimentos testemunhais colhidos durante a 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.**

(...)

5. *Habeas corpus não conhecido.* (HC 375.047/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017) - grifei.

Por oportuno, inalterada a pena corporal, fica inviável o acolhimento do pleito de sua substituição por medidas restritivas de direitos, pois o montante da sanção não atende ao requisito objetivo do art. 44, I, do CP.

Quanto ao regime prisional, sabe-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 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.

O regime de cumprimento de pena mais gravoso até pode ser estabelecido, mas, para tanto, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:

Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Nesse mesmo sentido, as Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Federal, respectivamente, *in verbis*:

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

No caso, apesar da primariedade do paciente e de o montante da pena (5 anos e 10 meses de reclusão) comportar, em princípio, o regime inicial semiaberto, as instâncias de origem (fls. 38 e 18) fundamentaram a necessidade do regime mais gravoso com lastro no art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006, ante a gravidade concreta do delito, evidenciada pela quantidade e nocividade do entorpecente apreendido (88 gramas de cocaína), elementos que, inclusive, foram valorados na terceira etapa da dosimetria da pena, quando foi afastado o reconhecimento do redutor.

A propósito, destaco:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DAS DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. A aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 depende do convencimento do Magistrado, de que o apenado, primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades delituosas nem integre organização criminosa. In casu, o entendimento registrado na origem está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior, firmada no sentido de que a considerável quantidade, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

variedade e a natureza das drogas apreendidas, pressupõe a dedicação à atividade criminosa, revelando-se suficiente a afastar a aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

3. A reforma do entendimento das instâncias ordinárias quanto à dedicação dos pacientes 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. 2.º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Assim, o regime prisional deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do Código Penal - CP.

5. Na hipótese dos autos, embora as circunstâncias judiciais tenham sido consideradas favoráveis e os pacientes sejam primários, a variedade, a quantidade e a natureza das drogas apreendidas - 48 porções de crack, 70 porções de maconha e 169 tubos eppendorf de cocaína - 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.

(...)

Habeas corpus não conhecido. (HC 375.681/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 24/02/2017) - grifei.

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. NÃO INCIDÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício II - Os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 (primariedade, bons antecedentes, não dedicação à atividades criminosas ou não participação em organização criminosa) são de observância cumulativa para a incidência



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dessa causa especial de diminuição de pena. É o caso dos autos, haja vista a dedicação a atividades criminosas, evidenciada pelo conjunto probatório dos autos, bem como pela quantidade de droga apreendida (conforme a r. sentença - 933 comprimidos de ecstasy).

III - Nos crimes tipificados na Lei 11.343/06, por força do art. 42 da Lei 11.343/06, a quantidade e a natureza da droga podem influenciar na fixação de regime prisional mais gravoso do que o admitido em função do quantum de pena, desde que seja considerada na dosimetria, uma vez que o estabelecimento do regime de cumprimento de pena é decorrência lógica dessa operação, conforme determinam os artigos 33, §§ 2º e 3º, e 59, do Código Penal. É o caso dos autos, em que o paciente foi condenado à pena de 5 anos de reclusão, é primário, mas a quantidade e a natureza da droga foram relevantes para afastar a causa especial de diminuição de pena.

Habeas corpus não conhecido. (HC 370.471/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 09/12/2016) - grifei.

Ante o exposto, inexistindo coação ilegal a ensejar a atuação *ex officio* desta Corte, **não conheço do habeas corpus**, pois manifestamente incabível na espécie.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0047735-6

HC 390.931 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00217672220148260320 17382014 20160000743003 217672220148260320

EM MESA

JULGADO: 20/06/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DOUGLAS SCHAUERHUBER NUNES - SP332595
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RENATO PEDROSO (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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.