



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 351.735 - SP (2016/0071303-9)**

**RELATOR** : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADO** : JULIANA DO VAL RIBEIRO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : LEANDRO MARTINS CALAIS (PRESO)

### 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 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 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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

### 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), 24 de maio de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 351.735 - SP (2016/0071303-9)**

**RELATOR** : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADO** : JULIANA DO VAL RIBEIRO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : LEANDRO MARTINS CALAIS (PRESO)

### RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de LEANDRO MARTINS CALAIS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0086641-50.2014.8.26.0050).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006 (e-STJ fls. 20/28).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi improvido (e-STJ fls. 77/82), em acórdão assim ementado:

*Tráfico de entorpecentes – Materialidade e autoria comprovadas por depoimentos de policiais cujo conteúdo é harmônico com o conjunto probatório – Validade.*

*No que concerne ao valor dos depoimentos prestados pelos policiais, os tribunais têm deixado assente serem inadmissíveis quaisquer análises preconceituosas. A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita. As declarações prestadas pelos agentes que efetuaram a prisão do acusado são válidas e têm o mesmo valor relativo que qualquer outra prova que se produza nos autos; por gozarem de fé pública, suas versões devem ser reputadas fidedignas, até que se prove o contrário.*

*Cálculo da Pena - Tráfico de entorpecentes - Apreensão de grande quantidade de substância estupefaciente - Inaplicabilidade da redução da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06*

*O fato da apreensão ser concernente a elevada quantidade de substância estupefaciente ilegalmente transportada afasta a possibilidade de incidência da redução da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, uma vez ser indicativa de que os acusados se dedicam a atividade criminosa.*

*Cálculo da Pena - Tráfico de entorpecentes - Imposição de*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*privação de liberdade superior a quatro anos - Inaplicabilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos por não atendimento ao requisito contido no inciso I, do art. 44, do CP.*

*Na hipótese de ter sido imposta privação de liberdade superior a quatro anos, não se concebe sua conversão em pena restritiva de direitos, uma vez não ter sido atendido o quanto previsto no inciso I, do art. 44, do CP.*

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 1/17), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois refutou a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, embora estejam presentes os requisitos previstos na norma. Aduz que o paciente é primário, possui bons antecedentes e não há prova de que se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa.

Aponta, ainda, ausência de motivação idônea para a manutenção do regime inicial fechado, pois a mera alusão à previsão legal contida no artigo 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, com redação dada pela Lei 11.464/2007, não se revela suficiente para impedir a fixação de regime mais brando, na medida em que a referida disposição ofende o princípio da individualização da pena, bem como a disposição foi julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Além disso, defende aplicável o disposto no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, porquanto "o paciente está preso desde 23.09.14 (data da prisão em flagrante), ou seja, há aproximadamente 1 ANO e 05 MESES e ainda está no regime fechado" (e-STJ fl. 14).

Por fim, em virtude do pleiteado redimensionamento da pena, entende cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ao final, formulou pedido liminar para que o paciente possa aguardar no regime aberto o julgamento definitivo deste *writ*. No mérito, pede a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 em seu grau máximo, com redimensionamento da pena do paciente, a fixação de regime prisional mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 94/96).

As informações foram prestadas às e-STJ fls. 107/119 e 129/161.

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls. 123/127, opinou pelo não conhecimento do *writ*, mas pela concessão da ordem, de ofício, conforme a seguinte ementa:

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RACIONALIZAÇÃO NO USO DO MANDAMUS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. PRECEDENTES DO STJ E STF. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/06. AUSÊNCIA DE REQUISITO LEGAL. FIXAÇÃO DE REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. PELO NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. MANIFESTA ILEGALIDADE. PELA CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.*

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 351.735 - SP (2016/0071303-9)

### 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).*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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

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

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

Busca-se, na presente oportunidade, o reconhecimento de constrangimento ilegal na negativa de aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 e na fixação do regime inicial fechado. Em consequência do redimensionamento da pena, o impetrante também defende cabível o regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No que toca ao redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, segue a fundamentação exarada pelas instâncias ordinárias para negar a respectiva incidência (e-STJ fls. 81/82):

*A elevada quantidade de substâncias estupefacientes com a qual o agente foi surpreendido, outrossim, é incompatível com a pretendida redução da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, na medida em que comprova a dedicação do acusado à atividade criminosa. Neste sentido, conforme destacado na r. sentença:*

*“Por oportuno, cabe destacar que na hipótese sub examen, não se aplica a causa de diminuição de pena preconizada no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, porquanto está mais do que patenteado nos autos, que o réu fazia do tráfico de entorpecentes o seu meio de vida, bastando que se atenha à confissão feita aos policiais no sentido de que iria comercializar as drogas na Zona Leste, bem como à expressiva quantidade de substâncias apreendidas” (fls. 70).*

*Deve ser ponderado, ainda, que o réu estava desempregado à época dos fatos (cf. auto de qualificação de fls. 08), o que, diante da grande quantidade de entorpecente apreendido, reforça o entendimento de que ele efetivamente fazia do tráfico o seu meio de vida. A pretendida aplicação do referido redutor ao caso em tela, assim, impediria a pena de alcançar seus objetivos, a saber: prevenção e reprovação do delito, pelo que fica rejeitada.*

Dessa forma, extrai-se que as instâncias ordinárias formaram o seu convencimento a partir do acervo probatório, "estando patenteado nos autos que o réu fazia do tráfico de entorpecentes o seu meio de vida", além da expressiva quantidade de entorpecentes apreendidos.

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. INVIABILIDADE NO WRIT. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO E SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### 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 amealhado durante a instrução criminal, providência vedada na via estreita do habeas corpus.

[...]

8. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, tão somente para que o Juízo das Execuções, mediante concreta fundamentação, analise a possibilidade de fixação de regime inicial mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(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 e a natureza 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.*

[...]



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*III - No caso dos autos, as circunstâncias do crime (dentre elas, a expressiva quantidade e diversidade de drogas apreendidas - 53,11 g de maconha, 116,58 g de crack e 27,78 g de cocaína) justificam o afastamento da minorante, eis que há indicativo de que o paciente se "dedica a atividades criminosas", 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)

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

Em relação 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.

Esse entendimento também é adotado por ambas as Turmas da Terceira Seção desta Corte, conforme se verifica dos seguintes julgados, dentre outros: HC 327.850/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe 29/10/2015; HC 311.618/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 24/6/2015; HC 264.068/RS, HC 274.020/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO, Sexta Turma, DJe 19/2/2015; e HC n. 299.797/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 2/12/2014.

No caso, entretanto, embora as instâncias ordinárias tenham feito referência à hediondez do crime praticado pelo paciente e a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, o regime prisional foi estabelecido com base na expressiva quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos, conforme segue (e-STJ fls. 27/28):

*A pena privativa de liberdade aplicada será cumprida inicialmente em regime FECHADO, a teor do disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, com a nova redação que lhe deu a Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007. No tocante à fixação do regime fechado para início de cumprimento da pena, vem a calhar o*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*v. acórdão da lavra do eminente Desembargador Euvaldo Chaib da Colenda 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido na Apelação nº 0004257-37.2013.8.26.0156, in verbis: "Consoante orientação do Superior Tribunal de Justiça, a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido, bem como as circunstâncias da ocorrência, podem recomendar estabelecimento prisional fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal (HABEAS CORPUS nº 189.960/SC, Quinta, Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 16.08.2012)".*

Assim, 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 expressiva quantidade e natureza especialmente deletéria das drogas apreendidas – 135,2 g de cocaína – são aptas a justificar o estabelecimento do regime mais gravoso, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

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*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*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 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)

E, no que se refere à detração da pena para efeito de fixação do regime inicial, a questão não foi enfrentada pela Corte de origem, de forma que sua análise por este Tribunal Superior implicaria supressão de instância.

Sobre o tema, segue a jurisprudência:

**CONSTITUCIONAL. PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. FIXAÇÃO DE REGIME MENOS GRAVOSO DIANTE DA DETRAÇÃO (CPP, ART. 387, § 2º). IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DOSIMETRIA. AUMENTO DA PENA BASE EM RAZÃO DA MAIOR CULPABILIDADE DO AGENTE. POSSIBILIDADE. CRITÉRIO MATEMÁTICO DE AUMENTO NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SÚMULA 443 DO STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.*

*[...]*

*02. Salvo situações excepcionalíssimas, "matéria que não foi enfrentada na Corte de origem não pode ser analisada diretamente neste Tribunal Superior, sob pena de supressão de instância" (RHC 39.351/PE, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 21/08/2014; HC 228.527/AP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 10/02/2015; HC 248.875/RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 26/08/2014; RHC 43.972/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 04/09/2014).*

*[...]*

*06. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar as penas aplicadas ao paciente. (HC 272.154/SP, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO, Quinta Turma, DJe 2/6/2015).*

*HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DETRAÇÃO. TEMA NÃO ENFRENTADO NA ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NÃO CONHECIMENTO.*

*1. O tema referente à detração não foi apreciado pelo Tribunal a quo, o que impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.*

*[...]*

*4. Habeas corpus não conhecido. (HC 333.506/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 5/11/2015).*

Em consequência do não redimensionamento da pena, permanecendo a pena em patamar superior a 4 anos, fica prejudicado pleito de substituição da pena privativa de



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade por restritiva de direitos.

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

É o voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0071303-9

**HC 351.735 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00866415020148260050 17412014 20150000850085 866415020148260050

EM MESA

JULGADO: 24/05/2016

#### **Relator**

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

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 | : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  |
| ADVOGADO   | : JULIANA DO VAL RIBEIRO                     |
| IMPETRADO  | : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| PACIENTE   | : LEANDRO MARTINS CALAIS (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.