



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 485.037 - RS (2018/0338966-8)**

**RELATOR** : **MINISTRO FELIX FISCHER**  
**IMPETRANTE** : SUZIANE GARCIA MOREIRA  
**ADVOGADO** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
**PACIENTE** : SUZIANE GARCIA MOREIRA (PRESO)

### EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA PELA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO REDUTORA. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. **PRECEDENTES. WRIT 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 - A via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, “*o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita*” (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves**, DJU de 11/4/2005).

III - Para a fixação do percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, o magistrado deve levar em consideração as circunstâncias do caso, **especialmente a natureza e a quantidade da droga apreendida**, bem como as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, ante a ausência de indicação das balizas pelo legislador para a definição do **quantum** de diminuição.

IV - O eg. Tribunal de origem fixou fração diversa de 1/6 (um sexto) para a causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, aduzindo que a fração esta justificada, especialmente, em razão da quantidade e a natureza da droga apreendida, ou seja, **82 porções cocaína e 42 pedras crack**, inexistindo flagrante ilegalidade ou desproporcionalidade na fração escolhida a ensejar a concessão da ordem de ofício.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

V - No que tange ao **regime inicial de cumprimento de pena**, cumpre registrar que o Plenário do col. **Supremo Tribunal Federal** declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, devem ser observados os preceitos constantes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal.

VI - **In casu**, constata-se que o inicial fechado foi determinado com base na gravidade concreta da conduta (**quantidade e variedade de drogas apreendidas**), nos termos do art.33, § 3º, do CP, e do art.42 da Lei de Drogas. A quantidade e variedade dos entorpecentes foram utilizadas como fundamento a ensejar a aplicação do regime mais danoso, o que está em consonância com o entendimento desta Corte, **ex vi** do art. 33, § 2º, **b**, e § 3º, do Código Penal, e art. 42, da Lei n. 11.343/06. **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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 26 de março de 2019 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 485.037 - RS (2018/0338966-8)**

IMPETRANTE : SUZIANE GARCIA MOREIRA  
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
PACIENTE : SUZIANE GARCIA MOREIRA (PRESO)

### RELATÓRIO

**EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER:** Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado de próprio punho por SUZIANE GARCIA MOREIRA, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**, nos autos da apelação criminal n. 0126033-35.2017.8.21.7000.

Depreende-se dos autos que a paciente foi condenada, em primeira instância, às penas de 6 (seis) anos e 27 (vinte e sete) dias de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, **caput**, c/c art. 40, inciso III, ambos da Lei n. 11.343/06. A paciente foi ainda, absolvida do delito previsto no art 35, da Lei de Drogas.

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por maioria, deu parcial provimento ao apelo defensivo, para redimensionar a pena da ré para 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 480 (quatrocentos e oitenta) dias-multa, em v. acórdão assim ementado:

**"APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. APELO DEFENSIVO. PRELIMINAR. INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO. AFASTAMENTO.**

*Após verificarem que uma pessoa empreendeu fuga apenas por visualizar a guarnição, os policiais adentraram na moradia abordada a fim de pará-la. Então encontraram drogas sobre a mesa da sala. Ressalta-se que o pensamento oposto, de ofensa ao princípio da inviolabilidade do domicílio, seria como outorgar uma espécie de "ferrolho" ao acusado, que, mesmo estando sob perseguição policial ou ainda em estado de flagrância delitiva, bastaria que adentrasse em sua residência para se ver "livre". No caso, não foi o acusado que se dirigiu à habitação, mas um usuário, o qual referiu ter ido até ela sabendo que lá se*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*comercializavam entorpecentes. MÉRITO. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO. Tendo os policiais apreendido na habitação dos acusados significativa quantidade de drogas (82 "petecas" de cocaína e 42 "pedras" de "crac/f), em cima da mesa da sala, na ocasião em que apenas a acusada estava na residência, circunstância aliada ao fato de os agentes da lei terem referido que a pessoa que perseguiram entrou na moradia dos denunciados em função de saber que ela pertencia, ao réu, pois estava indo até ela para adquirir drogas do imputado, forçosa é a manutenção da condenação de ambos os denunciados, nos termos em que proferida. APENAMENTO. REDUÇÃO DAS PENAS IMPOSTAS À CONDENADA. Apelo do réu improvido, unânime. Apelo da ré parcialmente provido, por maioria (fls. 18-19).*

Os embargos infringentes e de nulidade opostos pela defesa, foram rejeitados.

Dai o presente **writ**, onde a impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal na prevalência do voto médio, uma vez utilizou os mesmos fundamentos - **quantidade e variedade de drogas apreendidas** -, para fixar o regime mais gravoso e estabelecer a fração mínima para a causa especial de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

Sustenta, ainda, deveria ter sido aplicada em patamar mais favorável a redutora do tráfico privilegiado, haja vista ser primária e de bons antecedentes, não tendo qualquer envolvimento com quadrilhas ou facções criminosas.

Argumenta, ademais, que para o **quantum** da pena fixada cabe o estabelecimento do regime semiaberto. Aduz, também, que, por ter filhos menores em fase de amamentação, o Estatuto da Primeira Infância prevê o direito dos filhos de não serem separados da mãe.

Requer, assim, a concessão da ordem para cassar o mandado de prisão expedido e, alternativamente, busca a prevalência do Voto do Relatora e a fixação do regime semiaberto.

O pedido liminar foi **indeferido** às fls. 45-48.

Informações prestadas às fls. 55-56.

O Ministério Público Federal, às fls. 131-136, manifestou-se pelo não



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conhecimento do **writ**, em parecer assim ementado:

*"Habeas corpus substitutivo. Tráfico de drogas. Ampliação da fração do redutor da pena para o grau máximo. Dosimetria fundamentada na quantidade e natureza da droga. Ilegalidade não demonstrada. Revolvimento de matéria fático-probatória. Impossibilidade em habeas corpus. Precedentes. Regime inicial mais gravoso. Proporcional à quantidade e nocividade do entorpecente. Constrangimento ilegal não evidenciado. Parecer pelo não conhecimento do habeas corpus" (fl. 131).*

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 485.037 - RS (2018/0338966-8)**

**RELATOR** : **MINISTRO FELIX FISCHER**  
**IMPETRANTE** : SUZIANE GARCIA MOREIRA  
**ADVOGADO** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
**PACIENTE** : SUZIANE GARCIA MOREIRA (PRESO)

### EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA PELA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO REDUTORA. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. **PRECEDENTES. WRIT 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 - A via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, “o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita” (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves**, DJU de 11/4/2005).



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

III - Para a fixação do percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, o magistrado deve levar em consideração as circunstâncias do caso, **especialmente a natureza e a quantidade da droga apreendida**, bem como as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, ante a ausência de indicação das balizas pelo legislador para a definição do **quantum** de diminuição.

IV - O eg. Tribunal de origem fixou fração diversa de 1/6 (um sexto) para a causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, aduzindo que a fração esta justificada, especialmente, em razão da quantidade e a natureza da droga apreendida, ou seja, **82 porções cocaína e 42 pedras crack**, inexistindo flagrante ilegalidade ou desproporcionalidade na fração escolhida a ensejar a concessão da ordem de ofício.

V - No que tange ao **regime inicial de cumprimento de pena**, cumpre registrar que o Plenário do col. **Supremo Tribunal Federal** declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, devem ser observados os preceitos constantes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal.

VI - **In casu**, constata-se que o inicial fechado foi determinado com base na gravidade concreta da conduta (**quantidade e variedade de drogas apreendidas**), nos termos do art.33, § 3º, do CP, e do art.42 da Lei de Drogas. A quantidade e variedade dos entorpecentes foram utilizadas como fundamento a ensejar a aplicação do regime mais danoso, o que está em consonância com o entendimento desta Corte, **ex vi** do art. 33, § 2º, **b**, e § 3º, do Código Penal, e art. 42, da Lei n. 11.343/06. **Precedentes**.

**Habeas Corpus** não conhecido.

### VOTO

**EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER:** A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Inicialmente, cumpre asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, *“o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita”* (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves**, DJU de 11/4/2005).

Destaco, para melhor delimitar a controvérsia, os **excertos** do v. acórdão impugnado, no que interessa à espécie:

*"Assim, observadas majorante e minorante reconhecidas na sentença, ambas no patamar de um sexto - registrando-se, no que diz com a causa de diminuição de pena, tratar-se de vultosa quantidade de drogas de especial nocividade - resulta definitiva a sanção carcerária em quatro anos, dez meses e dez dias de reclusão. E a pena cumulativa em quatrocentos e oitenta dias- multa.*

*Por outro turno, dispunha a acusada de vultosa quantidade de drogas diversas e de especial nocividade (82 (oitenta e duas) petecas de cocaína, e 42 (quarenta e duas) pedras de cocaína processadas na forma de crack), O que negativa a circunstância de que trata o art. 42 da Lei nº 11.343/32006 e, por conseguinte, dado o quantum do apenamento, autoriza a observância do regime fechado nos termos da regra contida no art. 33, § 3º, do Código Penal" (fls. 30-31).*

Com efeito, para a fixação do percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, o magistrado deve levar em consideração as circunstâncias do caso, **especialmente a natureza e a quantidade da droga apreendida**, bem como as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, ante a ausência de indicação das balizas pelo legislador para a definição do **quantum** de diminuição.

**In casu**, o eg. Tribunal de origem fixou fração superior a 1/6 (um sexto) para



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, aduzindo que a fração esta justificada, especialmente, em razão da quantidade e a natureza da droga apreendida, ou seja, **82 porções cocaína e 42 pedras crack**, inexistindo flagrante ilegalidade ou desproporcionalidade na fração escolhida a ensejar a concessão da ordem de ofício.

Nesse sentido os seguintes julgados deste Tribunal Superior:

**"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PELO TRÁFICO PRIVILEGIADO, PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS QUE JUSTIFICAM A FRAÇÃO ESCOLHIDA. REPRIMENDA MANTIDA. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PRIMARIEDADE E MONTANTE DA PENA QUE ENSEJAM O REGIME INICIAL SEMIABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...]**

**- Esta Corte vem decidindo que a quantidade, a nocividade e a variedade dos entorpecentes apreendidos são fundamentos idôneos a ensejar a escolha da fração redutora, quando for o caso de aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.**

**- Deve ser mantida a fração redutora de 1/2, pelo reconhecimento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando o caso concreto aponta que foram apreendidas duas espécies de entorpecentes (maconha e cocaína), as quais demonstram a gravidade concreta do delito, a ensejar a necessidade de uma redução menor do quantum da pena, para uma efetiva prevenção e repressão do delito em epígrafe. Ademais, alterar a conclusão a que chegou o Tribunal de origem implica, sem dúvida, revolver o acervo fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus. Precedentes.**

**[...]**

**- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto em favor do paciente, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP e art. 42 da Lei n. 11.343/2006" (HC n. 368.418/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 1º/2/2017, grifei).**

**"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DA DROGA UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO IMPOSTO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. NATUREZA DAS SUBSTÂNCIAS APREENDIDAS. FUNDAMENTO VÁLIDO. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO. MODO INTERMEDIÁRIO SUFICIENTE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. A teor do disposto no § 4º do art. 33 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 organizações criminosas.

3. Na falta de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução, 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 habitualidade do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.

4. Hipótese na qual o Tribunal de origem, de forma motivada, atento as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a diversidade e a quantidade de droga apreendida - 42 g de cocaína, 32 g de maconha, 9g de ecstasy, 3 g de haxixe e 5 g de crack -, exclusivamente, na terceira etapa da dosimetria da pena, para fazer incidir a minorante em 1/3.

[...]

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena" (HC n. 354.058/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 25/11/2016, grifei).

"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. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DA DROGA UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. NATUREZA, QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS SUBSTÂNCIAS APREENDIDAS. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 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 integrem organizações criminosas.

3. **Na falta de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do delito, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante quando evidenciarem a habitualidade do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.**

4. **Hipótese na qual o Tribunal a quo, de forma motivada, atento às diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a diversidade, a natureza e a quantidade de droga apreendida - 93 eppendorfs de cocaína (59,4g), 1 porção de crack (0,16g) e 5 porções de maconha (23,6g) -, exclusivamente, na terceira etapa da dosimetria da pena, para fazer incidir a minorante no patamar de 1/6.**

5. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, também o art. 42 da Lei de Drogas.

6. Embora os pacientes sejam primários e a pena aplicada seja de 4 anos e 2 meses de reclusão, o regime fechado é o adequado para prevenção e reprovação do delito, diante da quantidade e da natureza de drogas apreendidas, como posto no acórdão impugnado. (Precedente) 7. Fixada a sanção corporal em patamar superior a 4 anos de reclusão, é inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

8. **Habeas corpus não conhecido" (HC n. 394.803/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 28/6/2017).**

No que tange ao **regime inicial de cumprimento de pena**, cumpre registrar que o Plenário do col. **Supremo Tribunal Federal** declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Para tanto, devem ser observados os preceitos constantes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal. Esse também é entendimento perfilhado por esta Corte, **in verbis**:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS, PORTE ILEGAL DE ARMA E RECEPÇÃO. PENAL. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. DESCABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. SANÇÃO MAIOR QUE QUATRO ANOS. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. RÉU PRIMÁRIO E SEM MAUS ANTECEDENTES. ADEQUAÇÃO. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

[...]

**7. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.**

8. Fixada a pena-base no mínimo legal, inexistindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, em se tratando de réu primário e com bons antecedentes, não existe razão para negar o regime inicial semiaberto.

9. Ordem de habeas corpus não conhecida. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, para, mantida a condenação, fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente" (HC n. 239.999/MS, **Quinta Turma**, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. **Laurita Vaz**, DJe de 21/8/2014, grifei).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. QUANTIDADE DE DROGAS. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

[...]

**3. 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**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

4. *In casu*, a imposição do regime inicial fechado baseou-se, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores. Ademais, sequer foi analisada a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos quanto aos pacientes DEIVID e SIDNEY.

5. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso sub judice, uma vez que o Tribunal a quo não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44 e incisos, do Código Penal.

6. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastadas a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas e a fundamentação referente à gravidade abstrata do delito, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena, quanto aos três pacientes, e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, quanto aos pacientes DEIVID e SIDNEY" (HC n. 271.147/SP, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 26/9/2014, grifei).

**In casu**, constata-se que o inicial fechado foi determinado com base na gravidade concreta da conduta (**quantidade e natureza das drogas apreendidas**), nos termos do art.33, § 3º, do CP, e do art.42 da Lei de Drogas.

Nesse diapasão, a quantidade e variedade dos entorpecentes foram utilizadas como fundamento a ensejar a aplicação do regime mais danoso, o que está em consonância com o entendimento desta Corte, **ex vi** do art. 33, § 2º, **b**, e § 3º, do Código Penal, e art. 42, da Lei n. 11.343/06.

Sobre o tema colaciono os seguintes arestos:

**"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME PRISIONAL FECHADO. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS.**



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. MONTANTE DA PENA QUE NÃO ATENDE AO REQUISITO OBJETIVO DO ART. 44, I, DO CP. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. REGIME PRISIONAL FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...]**

**- 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 do que a pena comporta pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719/STF.**

**- No caso, apesar de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal e o montante da sanção (5 anos de reclusão) comportar o regime semiaberto, o acórdão recorrido consignou a necessidade do regime mais gravoso com lastro na quantidade, variedade e nocividade das drogas apreendidas, as quais, inclusive, fundamentaram o não reconhecimento do privilégio, o que está em consonância à jurisprudência desta Corte e ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.**

**- Habeas corpus não conhecido" (HC n. 385.934/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 5/4/2017 - grifei).**

**"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE MAJORADA EM RAZÃO DA NATUREZA DA DROGA. REGIME FECHADO. CONDENAÇÃO SUPERIOR A 4 ANOS. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.**

**1. A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, porquanto, nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, a natureza e a quantidade da substância entorpecente constituem fundamento idôneo para justificar a majoração da pena-base. Precedentes.**

**2. Fixada pena final superior a quatro anos e presente circunstância judicial desfavorável, é lícita a fixação do regime inicial fechado, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006 c/c os arts. 59 e 33, § 3º, ambos do Código Penal. Precedentes.**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. *Agravo regimental improvido*" (AgRg no HC n. 380.021/SC, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 22/3/2017 - grifei).

Diante de tais considerações, portanto, não se vislumbra a existência de qualquer flagrante ilegalidade passível de ser sanada pela concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, não conheço do **writ**.

É o voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0338966-8

**HC 485.037 / RS**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 03921400047701 3921400047701 70073619181 70076375419

EM MESA

JULGADO: 26/03/2019

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

#### **AUTUAÇÃO**

|            |                                                      |
|------------|------------------------------------------------------|
| IMPETRANTE | : SUZIANE GARCIA MOREIRA                             |
| ADVOGADO   | : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  |
| IMPETRADO  | : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL |
| PACIENTE   | : SUZIANE GARCIA MOREIRA (PRESO)                     |
| CORRÉU     | : DIEGO RODRIGUES RODRIGUES                          |

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.