



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 483.731 - SP (2018/0332168-2)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : ITALO DIOGO VIEGA DE ALMEIDA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LUIS CESAR ROSSI FRANCISCO - SP0227133
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. BENEFÍCIO PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. INAPLICABILIDADE NA ESPÉCIE. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. RECURSO DESPROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário em substituição ao recurso cabível, entendimento que foi adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, ressalvados os casos de flagrante ilegalidade, quando a ordem poderá ser concedida de ofício.

2. No que se refere ao sustentado constrangimento ilegal decorrente da não incidência da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, cumpre registrar que, para o crime de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparadas, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) não integre organização criminosa.

3. Na hipótese em apreço, verifica-se que o Tribunal de origem, soberano no reexame do conteúdo probatório produzido em juízo, apresentou fundamentação suficiente e adequada ao afastamento do redutor, especialmente considerando a prova produzida ao longo da instrução processual, que indicaram a dedicação do paciente à atividade criminosa.

4. Esta Corte Superior possui entendimento remansoso no sentido de que o depoimento de policiais, os quais, de acordo com o acórdão ora combatido, visualizaram a prática do tráfico, constitui meio de prova idôneo a dar azo à condenação, principalmente quando corroborada em juízo, circunstância que reforça a legalidade da decisão recorrida.

5. Desconstituir a conclusão a que chegaram as instâncias ordinárias, sobretudo acerca das circunstâncias do crime, *in casu*, exigiria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, inviável na via estreita do presente *writ*.

6. Em que pese não se desconhecer o entendimento firmado pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Suprema Corte acerca da inconstitucionalidade da obrigatoriedade do regime fechado para execução das penas aplicadas aos delitos hediondos, no crime de tráfico de drogas, ao ser fixado o modo de cumprimento da reprimenda, o magistrado deve estar atento não só às circunstâncias judiciais inseridas no art. 59 do CP, como também o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, o qual prevê a possibilidade de menção à quantidade e à natureza da substância entorpecente como fundamento para a aplicação de regime mais gravoso.

7. Este Sodalício entende inexistir qualquer irregularidade quando o julgador, mediante decisão fundamentada, estabelece, para a punição do delito de tráfico de drogas, regime mais gravoso do que o previsto para o *quantum* da pena fixada, motivando suas conclusões na quantidade e na natureza da substância entorpecente apreendida. Precedentes.

8. Em relação à pretendida substituição da pena, tem-se que a conversão da sanção reclusiva por restritiva de direito foi indeferida pelo Tribunal impetrado, diante do não preenchimento do requisito legalmente exigido, previsto no art. 44 do Código Penal. De fato, as circunstâncias do delito evidenciam que, *in casu*, a negativa da permuta encontra-se justificada, pois a conversão da sanção reclusiva realmente não se mostraria suficiente para a prevenção e repressão do delito noticiado.

9. Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 20 de agosto de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 483.731 - SP (2018/0332168-2)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : ITALO DIOGO VIEGA DE ALMEIDA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LUIS CESAR ROSSI FRANCISCO - SP0227133
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI: Trata-se de agravo regimental interposto pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo contra decisão singular desta relatoria (e-STJ fls. 72-82), que não conheceu do *habeas corpus* interposto em favor de ITALO DIOGO VIEGA DE ALMEIDA.

Em suas razões recursais, a agravante se insurge contra a fundamentação adotada pelas instâncias ordinárias para justificar a não aplicação do §4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/2006 ao paciente, afirmando que a decisão se encontra repleta de ilegalidades.

Questiona o argumento acerca da grande quantidade de drogas, asseverando que *toda decisão judicial tem que ser fundamentada concretamente e que quando presentes os requisitos de uma atenuante ou causa de diminuição de pena não é permitido ao julgador, de forma livre e até arbitrária, deixar de reduzir a pena* (e-STJ fl. 91).

Pontua não ser requisito para a causa de diminuição de pena o fato de ter sido o crime cometido sozinho, sobretudo porque, no caso posto, a participação do adolescente já teria sido considerada na pena, ensejando o aumento de 1/6, o que, em seu entender, configura *bis in idem*.

Defende que, com a aplicação do redutor previsto no art. 33, §4º, o cumprimento de pena deve ser alterado para o regime aberto, fazendo menção ao entendimento dos Tribunais Superiores acerca da inconstitucionalidade do regime inicial fechado obrigatório previsto na Lei dos Crimes Hediondos, e às Súmulas n. 718 e 719 do STF.

Nesse particular, afirma que *o argumento apresentado no acórdão coator para justificar a alteração do regime para o inicial fechado foi a gravidade em abstrato do delito de tráfico de drogas e a suposta obrigatoriedade de fixação de regime inicial fechado* (e-STJ fl. 92).

Discorre, ainda, sobre o cabimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, requerendo, ao final, a reconsideração da decisão agravada ou o provimento do agravo regimental em todos os seus termos.

É o relatório.

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 483.731 - SP (2018/0332168-2)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI: Ressai das razões recursais que o agravante reprisa os argumentos deduzidos no presente *writ* para fazer prevalecer a tese acerca da existência de flagrante ilegalidade hábil a justificar a concessão da ordem.

Todavia, os argumentos delineados no presente recurso não têm o condão de ensejar a alteração da decisão ora impugnada.

Consoante consignado por esta relatoria, às e-STJ fls. 72-82, depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, sendo a pena de prisão substituída por duas restritivas de direitos.

No julgamento da apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso defensivo e deu parcial provimento ao recurso do Ministério Público para afastar a causa de diminuição prevista no § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas, e incluir a causa de aumento de pena, prevista no art. 40, inciso VI, da mesma lei, readequando as reprimendas para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mais o pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, além de revogar a substituição da pena privativa de liberdade pelas restritivas de direitos, fixando o modo fechado para início do cumprimento da pena.

No presente *writ*, o impetrante defendeu que o redutor do tráfico privilegiado foi afastado sem a devida fundamentação e, por isso, deveria ser restabelecido em seu grau máximo, tendo em vista o preenchimento dos requisitos legais necessários à concessão da benesse.

Aduziu ainda que a gravidade abstrata do delito seria motivo inidôneo para o estabelecimento do regime inicial mais gravoso, sobretudo em razão da primariedade do acusado e das circunstâncias judiciais favoráveis.

Sustentou o cabimento da substituição da pena, mormente em virtude do reconhecimento do benefício do tráfico privilegiado, na fração de 2/3 (dois terços), e em respeito ao princípio da individualização da pena.

Requeru, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem, para que fosse expedido salvo-conduto em favor do paciente, e aplicada a causa especial do § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas, com a alteração do regime inicial, bem como a substituição por sanções restritivas de direitos.

O pedido liminar foi deferido, apenas para suspender a execução provisória da pena cominada ao réu até o esgotamento das instâncias ordinárias (e-STJ, fls. 54-55).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* ou, subsidiariamente, pela sua concessão parcial, para que fosse garantido ao acusado o direito de responder ao processo em liberdade (e-STJ fls. 63-70).

Por ocasião da decisão ora embargada, o *habeas corpus* não foi conhecido, tendo sido tornada sem efeito a liminar deferida, em virtude do exaurimento das instâncias ordinárias.

Fixadas essas premissas, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prevê recurso específico para tal fim, nos termos do art. 105 da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário em substituição ao recurso cabível, entendimento que vem sendo adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, ressalvados os casos de flagrante ilegalidade, quando a ordem poderá ser concedida de ofício.

A propósito, confira-se:

HABEAS CORPUS. IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA. SEGREGAÇÃO MANTIDA. AUSÊNCIA DE NOVOS FUNDAMENTOS. PREJUDICIAL AFASTADA. MOTIVAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. RISCO DE REITERAÇÃO. RÉU REINCIDENTE. NECESSIDADE DA PRISÃO PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA. CONDENAÇÃO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. SEGREGAÇÃO PRESERVADA. ILEGALIDADE. ADEQUAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR AO REGIME INTERMEDIÁRIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM, NO ENTANTO, CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

[...]

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem, no entanto, concedida de ofício para determinar que o paciente aguarde o exaurimento da jurisdição das instâncias ordinárias em estabelecimento adequado ao regime prisional fixado pelo Juízo sentenciante (o semiaberto), salvo se por outro motivo estiver preso.

(HC 352.742/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 04/10/2016)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. ARTS. 121, § 2º, I; 180 E 307 TODOS DO CP; 16 DA LEI 10.826/03; 33 E 35, AMBOS DA LEI 11.343/06. NULIDADE DA INTIMAÇÃO POR EDITAL. REVELIA. JULGAMENTO REALIZADO SEM A PRESENÇA DO ACUSADO. NULIDADE AFASTADA. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO DA PRISÃO NOS AUTOS DE ORIGEM. RÉU PRESO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. REALIZAÇÃO DE VÁRIAS TENTATIVAS PARA LOCALIZAR O PACIENTE. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Não há falar-se em vício na intimação da decisão de pronúncia, pois, além de inexistir nos autos com trâmite no Juízo de Itapema/SC qualquer informação da sua prisão no Estado do Paraná, a Súmula 351 do STF refere-se somente a nulidade da citação editalícia de réu preso na mesma Unidade da Federação em que o Juiz exerce sua jurisdição.

3. De acordo com o entendimento sedimentado nesta Corte Superior, é certo que depois de efetuadas todas as diligências necessárias para localização do ora recorrente, cabível a intimação por edital.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 363.156/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 20/09/2016, DJe 03/10/2016)

Não obstante tal realidade, o alegado constrangimento ilegal foi analisado, a fim de se verificar a possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

No que se refere ao sustentado constrangimento ilegal decorrente da não incidência da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, cumpre registrar que, em verdade, para o crime de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparadas, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) não integre organização criminosa.

No caso em exame, o Tribunal a *quo* afastou o redutor, sob o seguinte fundamento:

[...]

Da mesma forma, conforme pleiteado pelo douto membro do parquet e acolhido por esta Relatora, incabível a aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, uma vez que restou configurado que o acusado não se trata de um traficante eventual, mas sim, que se dedica à atividade criminosa do tráfico de drogas, pois, diante das circunstâncias do crime descritos na denúncia, bem como a quantidade, e a natureza dos entorpecentes apreendidos, em especial a droga cocaína, altamente viciante e lesiva à saúde pública, constata-se que Ítalo não poderia ser considerado como neófito.

As circunstâncias como se deram os fatos e a prisão em flagrante do réu, além da quantidade significativa de cocaína e dinheiro localizados em poder do réu, a visualização dos policiais na prática do tráfico, praticado pelo recorrente e seu comparsa, além de o crime ter envolvido a participação do menor infrator na empreitada criminosa, inclusive admitido por ele, informando na polícia que os três estavam no local praticando o comércio ilícito de drogas, mostram-se como circunstâncias idôneas para impedir a aplicação do benefício do redutor, uma vez denotadora de que,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para ter acesso a elas, claramente se incorporou à organização criminosa, ou, no mínimo, tem se dedicado freqüentemente à traficância, critério jurisprudencial encontrável tanto no Col. Supremo Tribunal Federal (RHC 117.867/MG - rel. Min. Luiz Fux – j. 22.10.2013), quanto no E. STJ (AgRg no AREsp 359.220/MG - rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura - j. 3.9.2013 e AgRg no AREsp 180.580/MG - mesma rel. - i. 7.3.2013).

Não se há confundir a teleologia do redutor, voltado para infratores de menor potencial, de acordo com o intuito do legislador, o que não é o caso.

[...]

*Ademais, reitero: a Lei de Drogas **faculta** (grifo nosso) ao magistrado - sem obrigar - a concessão do redutor, estando ele livre ainda para estabelecê-lo no patamar que entender adequado, diante da análise do caso concreto, respeitando-se o princípio da individualização da pena. E no caso não caberia a aplicação da benesse em razão das características do crime apurado, que se revelou típico de quem se dedica às atividades criminosas, deixando, assim, de preencher um dos requisitos do citado dispositivo, além da quantidade expressiva de droga apreendida e sua natureza (cocaína), fatores já mencionados.*

Ora, ainda que não se tenham provas exatas, inconcussas, sobre a organização criminosa à qual pertencia, evidente que para vender e negociar drogas em qualquer lugar, o acusado deveria necessariamente estar inserido na estrutura da criminalidade estabelecida naquela região, ressabido que não há, ainda, "livre concorrência" na venda de drogas. E não se trata aqui de suposição ou mera conjectura, pois é de conhecimento público a disputa de pontos de venda de drogas entre organizações criminosas rivais. Notório que a atividade da traficância assumiu características de negócio, sendo hoje fonte de renda do crime organizado, até porque os responsáveis pela estruturação da venda de drogas – controlando as etapas de produção, transporte e acondicionamento não confiariam a entrega a consumidor final a uma pessoa que não gozasse da confiança deles, ou que não tivesse com eles algum vínculo (grifo nosso).

Enfim, havendo indícios do envolvimento do acusado com a criminalidade, descabido o redutor previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, ainda mais na sua fração máxima. Valendo trazer à colação, como já se decidiu, que a conduta social do réu, a quantidade e a natureza do entorpecente, além das circunstâncias em que a droga foi apreendida podem constituir o amparo probatório para o magistrado reconhecer a dedicação do réu à atividade criminosa (RHC nº 116.926/DF, rel. Min. Luiz Fux, j. em 20.8.2013; HC nº 116.541/ES, rei. Min. Gilmar Mendes, DJe 6.6.2013; HC nº 98.366/MG, rei. Min. Dias Toffoli, DJe 5.2.2010) – e-STJ fls. 39-42.

Depreende-se dos excertos acima transcritos que o Tribunal recorrido, soberano no reexame do conteúdo probatório produzido em juízo, apresentou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentação suficiente e adequada ao afastamento do redutor, especialmente considerando a prova produzida ao longo da instrução processual, que indicaram a dedicação do paciente à atividade criminosa.

Deve ser ressaltado que esta Corte Superior possui entendimento remansoso no sentido de que o depoimento de policiais, os quais, de acordo com o acórdão ora combatido, visualizaram a prática do tráfico, constitui meio de prova idôneo a dar azo à condenação, principalmente quando corroborada em juízo, circunstância que reforça a legalidade da decisão recorrida.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA USUÁRIO (ART. 28, LAD). DESCABIMENTO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. ADEQUADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. MEDIDA NÃO RECOMENDÁVEL (ART. 44, INC. III, CP). WRTI NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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 recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - Segundo a jurisprudência consolidada desta Corte, o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso.

III - Afastar a condenação ou mesmo desclassificar a conduta, em razão do depoimento dos agentes, demandaria o exame aprofundado de todo conjunto probatório, como forma de desconstituir a conclusão feita pelas instâncias ordinárias, soberano na análise dos fatos, providência inviável de ser realizada dentro dos estreitos limites do habeas corpus, que não admite dilação probatória.

[...]

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, confirmando a liminar anteriormente concedida (fls. 73-75), fixar o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 449.657/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 14/08/2018)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

E, desconstituir a conclusão a que chegaram as instâncias ordinárias, sobretudo acerca das circunstâncias do crime, *in casu*, exigiria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, inviável na via estreita do presente *writ*.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA APREENHIDA. 1. De acordo com o art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

2. O Tribunal de origem fundamentou o afastamento da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, nas circunstâncias do caso concreto, notadamente nas informações constantes dos autos acerca do envolvimento do acusado na prática de atividades delituosas. A revisão desse entendimento - a fim de fazer incidir a causa especial de diminuição da pena - exigiria o reexame do acervo fático-probatório. Precedentes.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC 452.015/RS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 14/08/2018)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. 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. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. 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 recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - O parágrafo 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, dispõe que as penas do crime de tráfico de drogas 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminosa. , na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, 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.

III - In casu, o eg. Tribunal de origem, atento as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, para afastar o privilégio considerou, além das informações relatadas pelos policiais e as circunstâncias da prisão do paciente, a quantidade de drogas apreendidas, quais sejam, 0,64 g (sessenta e quatro centigramas) de cocaína e 154,24g (cento e cinquenta e quatro gramas e vinte e quatro centigramas) de maconha, o que está em consonância com o entendimento desta Corte, inexistindo, portanto, flagrante ilegalidade, a ser sanada pela via do writ. Precedentes.

Habeas Corpus não conhecido.

(HC 415.973/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/04/2018, DJe 06/04/2018)

Desta forma, o argumento deduzido pela defesa no que toca à quantidade de droga apreendida revela-se frágil a demonstrar a ocorrência do alegado constrangimento ilegal.

Ademais, não se pode dizer que o Tribunal de origem incidiu em ilegalidade, pois, entendendo que o paciente não satisfazia às exigências para a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, fundamentadamente manteve o afastamento da benesse.

No tocante ao regime inicial de cumprimento da pena, fixada em 5 anos e 10 meses de reclusão, o colegiado *a quo* fixou o regime fechado, adotando, para tanto os seguintes fundamentos:

[...]

No tocante ao regime prisional, considerado o quantum das penas e as circunstâncias dos fatos, fixo o regime inicial fechado, merecendo guarida nesse ponto, também, o inconformismo ministerial, posto que a Magistrada a quo fixou erroneamente o regime inicial aberto para o cumprimento da reprimenda, substituindo-a, ainda, por restritivas de direitos.

O regime inicial de cumprimento, portanto, deve ser o fechado, único cabível na hipótese ainda que não fosse pelo quantum das penas e lembradas a reprovabilidade da conduta e a hediondez do crime (Lei nº 11.464/2007). Outro nem seria recomendável, a teor do disposto nos artigos 33 e 59 do Código Penal e obedecidos os princípios da necessidade e suficiência.

Ademais, embora se lembre aqui a decisão do Pleno da c. Suprema Corte declarando a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º, da Lei de Crimes Hediondos (HC nº 111.840/ES, rel. Min. Dias Toffoli, j. em 14.6.2012), importa consignar que tal declaração deu-se incidentalmente, sem efeito erga omnes. E em verdade, o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que lá se decidiu foi que se deveria afastar a obrigatoriedade de início do cumprimento de pena no regime fechado para aqueles que preencham todos os demais requisitos previstos no artigo 33, §§ 2º, b, e 3º, do Código Penal.

Aliás, entende esta e. Corte Estadual pela aplicabilidade da referida norma, o que obriga à fixação do regime inicial mais severo (Apelação nº 0002479-41.2010, Rel. Edison Brandão, j. 02/07/2013). Até porque nos casos de tráfico, em face do bem jurídico protegido e observado o disposto no artigo 42 da Lei nº 11.343/06, quanto maior a capacidade de viciar da droga em abstrato, maior a reprovabilidade, e como já se decidiu, o regime fechado é o único que se mostra suficiente para atingir a função preventiva específica da pena, que é inibir a prática de novas ações delituosas, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal (Apelação nº 0070508-98.2012.8.26.0050, rel. Lauro Mens de Mello, j. em 18.12.2014).

Reitere-se: como já se decidiu recentemente, embora a primariedade e o quantum da pena possam permitir, em tese, a escolha de regime mais brando, não há ilegalidade na fixação de regime mais gravoso quando justificado pela quantidade e natureza do entorpecente apreendido, de acordo com o parágrafo 3º do artigo 33 do Código Penal (HC nº 313.085/SP, rel. Min. Joel Paciornik, j. em 21.6.2016) (grifo nosso) – e-STJ fls. 42-44.

Cumpre ressaltar que este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que se afigura possível o resgate inicial da reprimenda em regime mais gravoso do que o cabível em razão do *quantum* da sanção imposta, **desde que com base em elementos concretos do delito.**

Acerca do tema, é necessário frisar que, em que pese não se desconhecer o entendimento firmado pela Suprema Corte acerca da inconstitucionalidade da obrigatoriedade do regime fechado para execução das penas aplicadas aos delitos hediondos, no crime de tráfico de drogas, ao ser fixado o modo de cumprimento da reprimenda, o magistrado deve estar atento não só às circunstâncias judiciais inseridas no art. 59 do CP, como também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, o qual prevê a possibilidade de menção à quantidade e à natureza da substância entorpecente como fundamento para a aplicação de regime mais gravoso. Não há que se falar, portanto, em *bis in idem*.

Consignados no acórdão guerreado as especificações das circunstâncias que evidenciaram a conclusão pela maior gravidade ou reprovabilidade da conduta, no caso, mormente em razão da natureza e da quantidade de drogas apreendidas (17 flaconetes de cocaína), além do envolvimento de menor na prática delitiva, não há ilegalidade no estabelecimento do modo fechado para o cumprimento inicial da pena.

Conforme assentado no *decisum* impugnado, é assente nesta Corte Superior que a quantidade e a natureza do entorpecente são fundamentos aptos e suficientes para ensejar a fixação de regime mais gravoso do que o indicado pela reprimenda final isoladamente.

Assim, ainda que a pena do paciente tenha sido fixada em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão de reclusão, o que, em tese, ensejaria o estabelecimento do regime semiaberto, correta a manutenção do regime fechado, nos termos do art. 33,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

§§ 2º e 3º do Código Penal, em combinação com as disposições do art. 42, da Lei n. 11.343/2006.

No mesmo sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA IGUAL A 8 ANOS. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE E LESIVIDADE DA DROGA APREENDIDA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II - Sedimentou-se, ainda, o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º, do Código Penal em conjunto com o art. 42 da Lei 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga.

III - No caso dos autos, não evidencio ilegalidade na imposição do regime fechado pelas instâncias ordinárias, que se basearam na gravidade concreta do delito, ou seja, perniciosidade do entorpecente apreendido (natureza da droga apreendida - 400g cocaína, além de balança de precisão e traficância habitual). Assim, embora a pena-base tenha sido fixada no mínimo legalmente estabelecido, o paciente seja primário e o quantum de pena pelo concurso material entre os delitos de tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo (8 anos de reclusão) permitam, em tese, a fixação do regime semiaberto, a quantidade e a natureza de droga apreendida, justificam a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso o fechado, de acordo com o disposto no art. 33, §§ 2º, 'c' e 3º, do Código Penal c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/06. Inaplicáveis, portanto, os enunciados n. 440/STJ e n. 718/STF.

IV - Ressalto que, mesmo nas hipóteses de pena-base no mínimo legal, é possível agravar somente o aspecto qualitativo da reprimenda (regime) para se chegar a uma resposta suficiente à reprovação e à prevenção do delito.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 506.372/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/06/2019, DJe 25/06/2019)

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PRETENSÃO DE INICIAR O CUMPRIMENTO DA PENA NO REGIME SEMIABERTO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO DEVIDAMENTE MOTIVADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. SÚMULAS N.os 440 DESTA CORTE E 718 E 719 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. OBSERVÂNCIA. ORDEM DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. 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. No crime de tráfico de drogas, também deverá ser considerado o art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, que preceitua que "o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

2. No caso, o regime mais gravoso foi estabelecido com base na gravidade concreta da conduta delituosa, consubstanciada pelas circunstâncias da apreensão, que revelaram a considerável quantidade da droga encontrada na posse da Paciente - 8,900kg (oito quilos e novecentos gramas) de maconha -, fator suficiente para demonstrar que a gravidade da conduta extravasa a normalidade do tipo penal em apreço, nos termos do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006.

3. Inexiste violação das Súmulas n.os 440 desta Corte Superior e 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal quando a fixação do regime prisional é baseada na gravidade concreta do delito. 4. A quantidade da droga, circunstância judicial desfavorável, embora não tenha sido utilizada para aumentar a pena-base (fixada no mínimo legal), pode justificar o regime prisional mais gravoso.

5. Ordem de habeas corpus denegada.

(HC 472.363/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 04/02/2019).

Finalmente, em relação à pretendida substituição da pena, tem-se que a conversão da sanção reclusiva por restritiva de direito foi indeferida pelo Tribunal impetrado, no julgamento do recurso de Apelação, diante do não preenchimento do requisito legalmente exigido, previsto no art. 44, da Lei de Drogas (e-STJ fl. 45).

De fato, as circunstâncias do delito evidenciam que, *in casu*, a negativa da permuta encontra-se justificada, pois a conversão da sanção reclusiva realmente não se mostraria suficiente para a prevenção e repressão do delito noticiado.

A propósito:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. PACIENTE CONDENADO PELO CRIME TIPIFICADO NO ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO PENAL DO ART. 28 DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. FRAÇÃO DE 1/2. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. POSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL IMEDIATAMENTE MAIS GRAVOSO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

7. A quantidade, a diversidade e a natureza da substância entorpecente apreendida justificam a imposição de regime prisional mais gravoso, bem como o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Precedentes.

[...]

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda imposta ao paciente.

(HC 364.292/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 12/09/2016)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. REGIME SEMIABERTO. ADEQUADO. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DA ORDEM, 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 e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

4. Não obstante a reprimenda final do paciente seja inferior a 4 anos, é inviável a fixação do regime inicial aberto, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, diante da quantidade, a natureza e a diversidade das substâncias entorpecentes apreendidas (art. 42 da Lei n.º 11.343/06).

[...]

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena imposta ao paciente na Ação Penal n.º 0001975-25.2014.8.26.0048.

(HC 356.550/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/08/2016, DJe 29/08/2016)

Conclui-se, portanto, que o agravante não trouxe novos argumentos capazes de modificar a decisão agravada, estando o *decisum* em conformidade com a jurisprudência vigente neste Superior Tribunal de Justiça.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, **nega-se provimento** ao agravo regimental.
É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0332168-2

AgRg no
HC 483.731 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00001151214 00001151220148260590 1151214 1151220148260590

EM MESA

JULGADO: 20/08/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LUIS CESAR ROSSI FRANCISCO - SP0227133
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ITALO DIOGO VIEGA DE ALMEIDA
CORRÉU : FAGNER DE LIMA SANTOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ITALO DIOGO VIEGA DE ALMEIDA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LUIS CESAR ROSSI FRANCISCO - SP0227133
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.