



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 331.250 - RJ (2015/0181586-6)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : RAFAEL AUGUSTO BARBOSA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). DEDICAÇÃO DO RÉU A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. REEXAME DE PROVAS. REGIME FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. QUANTIDADE, DIVERSIDADE E NATUREZA DA DROGA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, ressaltando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

– A causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 não foi aplicada no caso concreto em razão da dedicação do paciente a atividades criminosas, evidenciada sobretudo pelas *circunstâncias do fato* (ocorrido em conhecido ponto de venda de drogas), pelos *depoimentos carreados aos autos* e pela quantidade e variedade de drogas apreendidas. Para se acolher a tese de que o paciente não se dedica a atividades criminosas, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em sede de *habeas corpus*.

– O regime fechado foi fixado com base na gravidade concreta do delito, revelada especialmente pela quantidade, diversidade e natureza das drogas apreendidas, em consonância com a jurisprudência desta Corte, segundo a qual, quanto maior o poder de disseminação e o efeito deletério do entorpecente, maior a gravidade da conduta, exigindo uma resposta mais efetiva do Estado, sobretudo por força do princípio da individualização da pena.

Habeas corpus não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 13 de outubro de 2015(Data do Julgamento)

MINISTRO ERICSON MARANHO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 331.250 - RJ (2015/0181586-6)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : RAFAEL AUGUSTO BARBOSA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de RAFAEL AUGUSTO BARBOSA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro na Apelação n. 0001891-59.2014.819.0067.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática de tráfico de drogas. Interposta apelação pela defesa, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso em acórdão assim ementado (fls. 85/86):

TRÁFICO DE ENTORPECENTES - Art. 33, caput, da Lei 11.343/06 - Pena: 05 anos de reclusão e 500 dias-multa, em regime fechado. - Abordado por policiais militares, em local apontado como ponto de venda de drogas, foram apreendidos em poder do apelante, 36,9g de maconha, acondicionada em 11 sacolés, além de 1,6g de cocaína, distribuída e acondicionada em 04 cubetas do tipo eppendorf. 1) Impossível a absolvição, bem como a desclassificação para o art. 28 da Lei 11.343/06: o conjunto probatório é robusto em apontar o apelante como traficante de drogas. Depoimentos dos policiais perfeitamente válidos para embasar sentença condenatória: Súmula 70 do ETJRJ. O apelante admitiu a propriedade das drogas, mas negou a acusação de tráfico. A defesa não produziu qualquer prova capaz de elidir os fatos imputados ao apelante. As circunstâncias da prisão, a quantidade, variedade e a forma de acondicionamento das drogas, não deixam dúvidas de que o apelante praticava a traficância. Evidenciadas a materialidade, a autoria e a clara destinação da droga, impossível a desclassificação do crime de tráfico para o do art. 28 da Lei 11.343/06. 2) Improperável o pleito da redução prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, pois só poderia ser concedida se reconhecidas na sentença todas as circunstâncias favoráveis, o que não é o caso. Restou comprovado que se trata de traficante habitual, o qual foi preso em flagrante em ponto de venda de drogas com expressiva quantidade de drogas, as quais estavam embaladas e prontas para a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

venda. 3) Incabível a substituição da pena: o apelante não faz jus ao referido benefício por não preencher o requisito do inciso I, do art. 44, do CP, diante do quantum de pena aplicado, além da vedação legal contida no art. 44 da Lei 11.343/06. 4) Impossível a fixação de regime aberto: o regime fechado é o único compatível com o atuar da apelante, não podendo ser outro diferente, considerando-se a natureza e quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas em poder do apelante e, ainda, as circunstâncias do fato, ante o que determina o § 3º do art. 33 do CP. 5) Incabível o pedido de detração: somente ao juiz da execução penal compete avaliar se, na espécie, estão presentes os requisitos objetivos e subjetivos para a concessão de qualquer benefício com a observância do acompanhamento disciplinar até o final do cumprimento da pena. Assim, compete ao Juízo da Execução Penal examinar o pedido, conforme prevê o art. 112 da Lei nº 7210/84. - Prequestionamento injustificado, buscando-se somente abrir o acesso aos Tribunais Superiores - Manutenção da sentença - DESPROVIMENTO DO RECURSO DEFENSIVO.

A impetrante alega ausência de fundamentação idônea na negativa de aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Sustenta que o paciente é primário e de bons antecedentes, não havendo provas de que integre organização criminosa ou se dedique a atividades criminosas. Ademais, aduz que o regime prisional foi fixado com base na gravidade abstrata do delito.

Requer, assim, a aplicação da referida causa de diminuição de pena, com a consequente fixação do regime aberto e substituição da reprimenda por medidas restritivas de direitos. Se mantida a pena, pugna pela adoção do regime inicial semiaberto.

Liminar indeferida às fls. 108/110.

Informações prestadas às fls. 119/120 e 121/140.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 145/151, pela "concessão da ordem, para que seja reconhecido ao réu o direito de redução de pena previsto no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, bem como seja fixado o regime inicial aberto e substituído a sanção corporal por restritivas de direitos" (fl. 151).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 331.250 - RJ (2015/0181586-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) (Relator):

O presente *habeas corpus* não merece conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio (HC n.109956, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe 11/9/2012). Contudo, nada impede que, de ofício, constate-se a existência de manifesta ilegalidade que implique ofensa à liberdade de locomoção do paciente (HC n. 271.890/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 3/9/2014).

Passo, portanto, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

Em primeiro grau, a pena foi fixada nos seguintes termos:

*A materialidade e a autoria do delito de tráfico de entorpecentes estão sobejamente demonstradas, ao revés do sustentado pela defesa, pelo auto de apreensão de fls. 06, pelos depoimentos, firmes e coesos, dos policiais militares que participaram da diligência que culminou coma prisão em flagrante do acusado, às fls.90, e pelo laudo definitivo de fls.76/78, tendo sido apreendida, em poder do acusado, trazia consigo, sem autorização legal ou regulamentar, para fins de tráfico, a quantidade de: **1,6g** (um grama e seis decigramas), de pó branco, finamente dividido, acondicionados em quatro pequenos recipientes, confeccionados em plástico rígido branco transparente, de formato cilíndrico e providos de tampa, comumente utilizados como cubetas em laboratórios de biologia ("eppendorf"), vedadas por adesivo branco transparente, sendo certo que após exames de laboratório (teste: nitrato de prata, iodo/iodeto, cloreto mercurioso, tiocianato de cobalto e hidrólise ácida) procedidos nos resíduos de pó, concluíram os Srs. Peritos Criminais que se tratava de M Cloridrato de Cocaína", classificada como substancia entorpecente, de acordo com a legislação em vigor, bem como **36,9g** (trina e seis gramas e nove decigramas) de erva seca picada, de coloração pardo esverdeada, distribuídos e acondicionados em nove pequenos sacos, confeccionados em plástico branco transparente, vulgarmente conhecido como "sacolés", fechados por meio de nó simples, feitos com o próprio saco, sendo que pelas características externas, morfologia e reação química de Duquenois, concluíram os Srs peritos criminais se tratar a erva de cannabis sativa. ("maconha"), contendo resina e canabinois, considerada, igualmente, entorpecente, conforme legislação em vigor.*

[...]

Destarte, a quantidade e variedade de drogas, a forma da embalagem, a apreensão de dinheiro em espécie, a abordagem policial em local conhecido como sendo ponto de venda de drogas, o próprio relato do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acusado aos policiais no momento da abordagem, são as circunstâncias que induzem à certeza de sua destinação ao comércio, sendo incabível a desclassificação pretendida.

Não há causa de exclusão da antijuridicidade do fato típico.

Culpável é o agente porque, sendo imputável, tinha para o caso a potencial consciência da ilicitude, sendo-lhe, pois, exigível conduta diversa no fato criminoso.

Incabível a redução da pena, ao revés do sustentado pela defesa, nos moldes do art. 33, §4º, da lei nº 11.343/06, vez que o acusado estava vivendo da traficância, não trazendo nenhum elemento de prova idôneo no sentido de estar exercendo atividade laborativa lícita.

[...]

Entendo ser incabível à substituição da pena ou aplicação do sursis, mormente ao analisar a situação em concreto. Com efeito, os crimes praticados são de tráfico de entorpecentes, equiparado aos crimes hediondos, e de associação para tal fim, necessitando, portanto, de maior rigor na repressão social pelo caráter de repugnância e maléfico à sociedade, o que torna inaplicável penas alternativas, vez que constituem medidas de política criminal despenalizadoras para crimes de menor gravidade.

Não obstante a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo previsto no art. 2º, § 1º, da Lei de Crimes Hediondos, sob o argumento de violação ao princípio da individualização da pena, tal entendimento não projeta reflexo na possibilidade de reconhecimento da substituição ou substituição condicional da pena, até porque não afastado o caráter hediondo do delito de tráfico de drogas, cabendo ressaltar que a Constituição da República determinou tratamento rigoroso ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, o que impede o deferimento dos benefícios postulados. Nesse contexto, a nova lei nº 11.343/06, afinada com o comando emanado da Constituição da República, expressamente vedou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a concessão de sursis (artigo 44 da Lei nº. 11.343/2006).

[...]

Nem se argumente a recente decisão do E. Supremo Tribunal Federal em que restou declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade do artigo 44 da Lei nº. 11.343/2006, já que não vincula esta julgadora, que entende que a reposta penal adequada para delitos de tal espécie, quer no plano retributivo ou no preventivo geral e específico, exige o cumprimento da pena privativa de liberdade, não sendo suficiente a substituição ou mesmo a aplicação do sursis, o que afasta a incidência de tais institutos, por falta dos requisitos previstos em lei (inciso II, do art. 77, e inciso III, do art. 44, ambos do Código Penal).

Posto isto, julgo procedente a pretensão punitiva estatal, para condenar RAFAEL AUGUSTO BARBOSA, já qualificado no início, como incurso nas penas do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06. Atenta às diretrizes dos art. 5º, inciso XLVI, da CRFB/88, art. 59 do CP, e art. 42 da Lei nº 11.343/06, passo a fixar as penas:

1a FASE: Considerando que as circunstâncias judiciais lhes são favoráveis, aplico-lhe a pena-base de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) DM, à razão unitária legal, por ser o réu pobre.

2a FASE: Não há circunstâncias agravantes ou atenuantes a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

serem reconhecidas.

3a FASE : Não há causas que possam aumentar ou diminuir a pena razão pela qual torno definitiva a pena de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) DM, à razão unitária legal, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, mormente se considerarmos a gravidade e a hediondez do crime em questão (fls. 60/63)

Por sua vez, o Tribunal a quo negou provimento à apelação da defesa:

Tal redução constante no §4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 somente pode ser concedida se o agente preencher todos os requisitos elencados no artigo acima referido, o que não ocorreu no caso dos autos.

Pelas circunstâncias do fato delituoso, bem como pelos depoimentos carreados aos autos, restou cabalmente comprovado que o apelante vendia drogas em local conhecido como sendo ponto de venda de drogas, ademais a grande quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos com o apelante, leva a crer que fazia da traficância seu meio de vida, denotando que não se tratar de traficante ocasional, tudo a comprovar que se dedicava ao tráfico ilícito de entorpecentes como meio de subsistência.

À conta de tais considerações, verifica-se pelas provas carreadas aos autos que o apelante realmente fazia do comércio ilícito de entorpecentes seu meio de subsistência, perceptível pelas circunstâncias da prisão e pela quantidade e forma de acondicionamento das drogas apreendidas, dando conta de que ele não era um traficante eventual.

[...]

Vale lembrar que o fato do apelante ser primário, de bons antecedentes, não o impede de exercer a atividade da traficância, como muitas vezes acontece em alguns casos.

Comprovado, pois, que o apelante se dedicava à atividade de tráfico de drogas, assim, restou afastado tal concessão.

[...]

Portanto, ao contrário do que sustentou a defesa, impossível o reconhecimento da incidência do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, pois, verifica-se que não foram preenchidos todos os requisitos, estando tudo a indicar que o ora apelante se dedicava a atividade criminosa.

[...]

Acerca da pretendida substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, no presente caso, não se mostra razoável, dada a gravidade concreta do delito e sua nocividade social.

Ademais, o apelante não faz jus ao referido benefício por não preencher o requisito do inciso I, do art. 44, do CP, diante do quantum de pena aplicado, superior ao patamar de 04 anos fixado no artigo acima referido, além da vedação legal contida no art. 44 da Lei 11.343/06.

Assim, sendo o delito de tráfico equiparado a hediondo, que acaba incentivando a prática de outros delitos, que são consequência do nefasto comércio de entorpecentes, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, data venia, não se mostra socialmente recomendável na presente hipótese, diante da natureza, quantidade e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nocividade das drogas apreendidas.

De acordo com meu entendimento, sempre considereirei que o art.44, caput, da Lei 11.343/06 veda expressamente a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, na hipótese de delito previsto no art. 33 da Lei 11.343/06, como é o presente caso, em que se descreve tipicamente a conduta praticada pelo apelante.

Não obstante, foi editada a Resolução nº 05/2012 pelo Senado Federal, que suprimiu do texto legal a parte que impunha a proibição da referida substituição.

Portanto, fica autorizada a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, porém se preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos exigidos pelo art. 44 do Código Penal, sendo possível, é certo, analisando cada caso, quando sejam favoráveis as circunstâncias legais e judiciais na hipótese.

Deste modo, improsperável a pretendida substituição da pena.

4) Não merece prosperar o pedido de fixação de regime aberto:

No que tange ao regime fixado na sentença, verifica-se que andou bem o I. Juiz sentenciante, pois o regime mais adequado para o início de cumprimento da pena é o fechado, uma vez que o delito cometido é grave, e vem causando grande prejuízo à sociedade.

Da análise dos autos, tem-se que o regime fechado se mostra o mais adequado para atender a finalidade da pena, cujos aspectos repressivos e preventivos ficariam sem efeitos na hipótese de um regime mais brando, ante a possibilidade do apelante não ser suficientemente intimidado a não mais delinquir.

Desta forma, a imposição do regime fechado para o início de cumprimento da pena se encontra bem fundamentada, respaldada em elementos concretos, não merecendo reparos, haja vista as circunstâncias do fato os quais demandam uma repreensão mais severa.

Ademais, o regime fechado é o único compatível com o atuar da apelante, não podendo ser outro diferente, considerando-se a natureza e quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas em poder do apelante e, ainda, as circunstâncias do fato, ante o que determina o § 3º do art. 33 do Código Penal (fls. 96/100).

A causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 não foi aplicada no caso concreto em razão da dedicação do paciente a atividades criminosas, evidenciada sobretudo pelas *circunstâncias do fato* (ocorrido em conhecido ponto de venda de drogas), pelos *depoimentos carreados aos autos* e pela quantidade e variedade de drogas apreendidas – 11 (onze) "trouxinhas" de maconha, num total de 36,9g, além de 4 (quatro) pinos de cocaína, num total de 1,6g. Trata-se de fundamentação idônea, conforme os seguintes precedentes:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. 4,9 KG DE COCAÍNA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. VIOLAÇÃO DO ART. 59 DO CP. IMPROCEDÊNCIA. FUNDAMENTO IDÔNEO. NATUREZA E QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA APREENDIDA. PRECEDENTES DO STJ. INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006) NO PATAMAR MÁXIMO. IMPROCEDÊNCIA. ACÓRDÃO A QUO QUE FIRMOU QUE O RECORRENTE INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. REEXAME. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. ILEGALIDADE NO REGIME INICIAL DE PENA. IMPROCEDÊNCIA. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA.

1. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, inexistente ilegalidade na fixação da pena-base acima do mínimo legal quando demonstrado o alto grau de reprovabilidade da conduta, decorrente da expressiva quantidade ou da natureza da substância apreendida, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

2. **No tocante ao pleito de incidência da causa especial de diminuição da pena (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), concluiu o Tribunal a quo que as circunstâncias do crime evidenciavam o envolvimento do acusado com organização criminosa voltada ao tráfico internacional. Inviável, pois, modificar tal conclusão sem o revolvimento de provas (Súmula 7/STJ).**

3. Não há ilegalidade no regime inicial estabelecido (fechado), pois a pena-base imposta foi fixada acima do mínimo legal em razão de circunstância judicial negativa, consistente na quantidade e natureza das drogas apreendidas.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 488.261/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 11/3/2015).

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AFRONTA AO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. TRÁFICO DE DROGAS. (I) - REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. (II) - **QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO LEGAL RELATIVO À NÃO DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS.** ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL FIXADO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL VIOLADO. RECURSO ESPECIAL COM FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a incidência de eventuais causas de aumento ou diminuição de pena, bem como a fração a ser aplicada. Incidência do enunciado 7 da Súmula deste STJ.

2. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, **a quantidade e a variedade de entorpecentes apreendidos em poder do acusado constitui circunstância hábil a denotar a dedicação às atividades criminosas, podendo impedir a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 à**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

míngua do preenchimento dos requisitos legais.

3. A ausência de particularização dos artigos supostamente violados, inviabiliza a compreensão da irresignação recursal, em face da deficiência da fundamentação do apelo raro. Súmula 284/STF.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 628.686/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 2/3/2015)

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. DOSIMETRIA. **MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. NÃO APLICAÇÃO JUSTIFICADA.** CUMPRIMENTO DA PENA. REGIME INICIAL MAIS RIGOROSO. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. GRAVIDADE ABSTRATA. § 1º DO ART. 2º DA LEI N. 8.072/90. VEDAÇÃO. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. INDIVIDUALIZAÇÃO DO REGIME.

[...]

2. Pacífico o entendimento desta Corte Superior que a quantidade e a natureza da droga justificam a não aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

3. Em se tratando de réu primário e fixada a pena-base no mínimo legal, é vedada a fixação de regime inicial de cumprimento da pena mais rigoroso do que o pertinente à pena aplicada, a tanto não servindo o inconstitucional § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90 ou a gravidade abstrata do delito.

4. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem de ofício, para determinar que o juízo da execução proceda à individualização do regime inicial de cumprimento da pena.

(HC 199.932/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 10/2/2015, DJe 23/2/2015)

Ademais, para se acolher a tese de que o paciente não se dedica a atividades criminosas, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em sede de *habeas corpus*. Confira-se, a propósito, o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. QUALIFICAÇÃO DE TESTEMUNHA MANTIDA SOB SIGILO, PERMITIDA SUA DIVULGAÇÃO APENAS AO ADVOGADO DOS ACUSADOS, JUIZ E PROMOTOR. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. CONDENAÇÃO BASEADA EM OUTRAS PROVAS, COLHIDAS SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PENA MAIOR QUE QUATRO ANOS. HABEAS CORPUS DENEGADO.

[...]

3. Inaplicável a causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006 na hipótese, na medida em que,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conforme consignado pela sentença condenatória, mantida pelo acórdão de apelação impugnado, o Paciente não preenche os requisitos legais, tendo em vista se dedicar à atividade criminosa. E, não é possível, na estreita via do habeas corpus, rever a conclusão exarada pela instância ordinária, por demandar incabível reexame do conjunto fático-probatório. Precedentes.

(...)

5. Habeas corpus denegado (HC 206.142/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 23/4/2013).

O regime inicial fechado foi fixado com base na gravidade concreta do delito, revelada especialmente pela quantidade, diversidade e natureza das drogas apreendidas, em consonância com a jurisprudência desta Corte, segundo a qual, quanto maior o poder de disseminação e o efeito deletério do entorpecente, maior a gravidade da conduta, exigindo uma resposta mais efetiva do Estado, notadamente por força do princípio da individualização da pena.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A REVISÃO CRIMINAL. REGIME MENOS GRAVOSO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. POTENCIAL DE DISSEMINAÇÃO E NATUREZA DA DROGA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

3. É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, no sentido de 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".

4. Devidamente fundamentada a negativa de abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena, bem como a negativa de substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos, em razão do elevado potencial de disseminação e da natureza da droga - 29 porções de cocaína (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 281377/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 3/12/2013, DJe 13/12/2013).

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA. APLICAÇÃO EM PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE 3. MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. DIVERSIDADE, NATUREZA E QUANTIDADE DO ENTORPECENTE (3 TUBETES DE COCAÍNA - 0,9g E 18 PEDRAS DE CRACK - 1,7g). ADEQUAÇÃO DO REGIME FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO RECLUSIVA POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS INADEQUADA. UTILIZAÇÃO DE MENOR NA EMPREITADA CRIMINOSA. 4. ORDEM NÃO CONHECIDA. LIMINAR CASSADA.

[...]

2. Para a aplicação da causa de diminuição da pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 é necessário o preenchimento dos requisitos previstos no referido dispositivo. Hipótese em que, o Tribunal de origem, embora tenha reconhecido a dedicação às práticas criminosas, concedeu a minorante na fração de $\frac{1}{2}$ (metade). Para afastar eventual constrangimento ilegal seria indispensável a incursão nas premissas fáticas estabelecidas pelas instâncias ordinárias, bem como o revolvimento das provas coligidas na instrução criminal, providência incabível na estreita via cognitiva do habeas corpus.

3. No caso em apreço, consoante preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, conquanto a sanção imposta seja inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, pelos mesmos motivos já expostos (diversidade, natureza e quantidade da droga apreendida), não se vislumbra a possibilidade de cumprimento de pena reclusiva em regime diferente do fechado, tampouco sua substituição por medidas restritivas de direitos. Hipótese em que o acórdão proferido pelo Tribunal a quo destaca a utilização de menor para a empreitada criminosa.

4. Habeas corpus não conhecido. Liminar cassada (HC 274.467/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 4/11/2013).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. QUANTIDADE DE DROGA. REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. EXECUÇÃO. CRIME PRATICADO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 11.464/2007. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO QUE SE MOSTRA DEVIDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DIRETAMENTE POR ESTE SUPERIOR TRIBUNAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. Este Superior Tribunal firmou entendimento de que, se o legislador não forneceu especificamente os parâmetros para a fixação do quantum da diminuição de pena previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, mas apenas os pressupostos para a incidência desse benefício legal, impõe-se como critério a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e especialmente o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Mostra-se devida a incidência da fração de 1/3 de redução de pena, de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei n. 11.343/2006 e 59 do Código Penal, tendo em vista a quantidade e a natureza da droga apreendida em poder do paciente (oito pedras de crack), bem como as circunstâncias em que perpetrado o delito.

[...]

5. Na hipótese que se apresenta, não obstante a imposição de reprimenda inferior a 8 anos de reclusão, mostra-se devida a imposição do regime inicial fechado, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, tendo em vista a quantidade e a natureza da droga apreendida em poder do paciente - crack -, substância entorpecente cuja nocividade é maior do que a de outras drogas, uma vez que dotada de alto poder viciante.

6. Inviável a análise diretamente por este Superior Tribunal da almejada substituição da pena reclusiva por restritiva de direitos, tendo em vista que essa matéria não foi apreciada pelo Tribunal de origem, sob pena de incorrer na vedada supressão de instância.

7. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, ordem denegada (HC 187.047/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/3/2012, DJe 9/4/2012).

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0181586-6

HC 331.250 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00018915920148190067 055010122014 18915920148190067 55010122014

EM MESA

JULGADO: 13/10/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS FREDERICO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : RAFAEL AUGUSTO BARBOSA (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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.