



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 337.328 - RS (2015/0244562-9)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : VLADIMIR DOS SANTOS GARCIA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. FIXAÇÃO EM 1/6. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA. INVIABILIDADE. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA QUE JUSTIFICA A FRAÇÃO UTILIZADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. *QUANTUM* DA PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME FECHADO. QUANTIDADE DA DROGA QUE JUSTIFICA O REGIME MAIS GRAVOSO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- Deve ser mantida a fração redutora de 1/6, pelo reconhecimento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando o acórdão, dentro da discricionariedade permitida por lei, fundamenta, concretamente, na quantidade da droga apreendida.

- Não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista que o *quantum* da pena aplicada supera o limite previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

- O STF, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

- Ainda sobre o regime, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de Justiça no sentido de que a valoração negativa da quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação de regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso, bem como para obstar a respectiva substituição por pena restritiva de direitos.

- Portanto, no caso, embora o paciente seja primário, condenado à pena privativa de liberdade superior a 4 e não excedente a 8 anos, a natureza, quantidade e diversidade das drogas foram ponderadas de forma negativa na terceira fase da dosimetria da pena, razão pela qual revela-se idônea a fixação de regime inicial mais gravoso.

- *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 1º de março de 2016 (Data do Julgamento).

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 337.328 - RS (2015/0244562-9)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : VLADIMIR DOS SANTOS GARCIA

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de VLADIMIR DOS SANTOS GARCIA, no qual aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Apelação n. 70065379695).

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão, em regime aberto, sendo a pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos.

Interposta apelação, o Tribunal local negou provimento ao recurso da defesa e deu provimento ao reclamo do *Parquet*, para redimensionar a pena para 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime fechado, nos seguintes termos (e-STJ fls. 428/441):

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PROVA. PALAVRA DO POLICIAL VALOR CONDENAÇÃO MANTIDA. PENA PUNIÇÃO APLICADA DEFORMA INADEQUADA. ALTERADA. I-Afirma-se que os depoimentos dos policiais envolvidos nas diligências devem ser analisados como os de qualquer outra pessoa. E, por uma questão lógica e racional eles preponderam sobre a declaração de quem é acusado de um delito, pois geralmente este tenta fugir de sua responsabilidade penal. Ora, não se imagina que sendo o policial uma pessoa séria e idônea e sem qualquer animosidade específica contra o agente, ele vá a juízo mentir, acusando uma pessoa inocente Sua declaração, como a de todas as outras testemunhas e vítimas, deve ser examinada apenas pelos elementos que contém. Confrontar-se-á com as outras provas obtidas na Instrução e até



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com qualidade da pessoa que depôs. Se a prova sobrevive após esta análise, ela é forte para a condenação, não importando quem a trouxe. Aqui em prova convincente, os policiais militares informaram que, investigando denúncia sobre tráfico de entorpecentes, avistaram o apelante, em várias oportunidades, vendendo drogas a usuários. Conseguiram detê-lo e com ele encontraram pedras de crack e buchas de cocaína, confirmando, o que já viram antes, que ele estava traficando drogas. II - Diante da enorme carga de subjetivismo na aplicação da pena-base e acréscimos ou reduções face às agravantes e atenuantes, deve-se, tanto quanto possível aceitar aquela fixada na sentença. A alteração só deve acontecer, quando se verificar grave erro na fixação da punição. Neste sentido, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas corpus 112.859. Assim, deve-se sempre ter em mente o que estipula o artigo 59 do Código Penal em seu final: "estabelecerá conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime". Este deve ser o limite na aplicação da reprimenda. No caso, contudo, a punição ficou aquém do disposto anteriormente, inclusive fazendo-o uma redução abaixo do mínimo, o que não é possível. Altera-se, assim, as penas, aumentando a de reclusão DECISÃO: Apelo defensivo desprovido. Apelo ministerial parcialmente provido. Unânime.

No presente writ, a impetrante alega que não existe motivação idônea para alterar a fração da causa redutora da pena para seu mínimo, além de não haver razão para fixar regime mais gravoso e deixar de substituir a pena. Aduz não ser possível justificar a fixação da redutora em 1/6 (um sexto), com fundamento na nocividade e quantidade da droga, uma vez que as circunstâncias judiciais foram valoradas em seu favor. No mais, entende que ainda que permaneça a quantidade de pena fixada, faz jus ao regime intermediário.

Dessa forma, requer a redução da pena no patamar máximo de 2/3, com restabelecimento do regime aberto e da substituição da pena por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido às e-STJ fls. 451/453.

O Ministério Público Federal opinou, às e-STJ fls. 462/473, pela concessão parcial da ordem:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INCONFORMISMO COM A DOSIMETRIA DA PENA. REGIME INICIAL FECHADO INJUSTIFICADO NO CASO CONCRETO. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ARTIGO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

33, §4º, DA LEI 11.343/06 NO GRAU MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE EM VIRTUDE DA QUANTIDADE E VARIEDADE DAS SUBSTÂNCIAS ILÍCITAS APREENDIDAS. PLEITO PELA FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO FECHADO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVAS DE DIREITO. RECONHECIMENTO. Parecer do MPF pela inadmissibilidade do habeas corpus, mas, caso admitido pela concessão parcial da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 337.328 - RS (2015/0244562-9)

VOTO

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

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

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

[...] Habeas corpus não conhecido.

(HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

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

(STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

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

Busca-se na presente oportunidade, o reconhecimento de constrangimento ilegal na aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 na fração de 1/6, na fixação do regime inicial fechado e na negativa de substituição da pena privativa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade por restritiva de direitos.

Em relação à redutora do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, o Tribunal local, ao aplicar a fração no patamar de 1/6, consignou que (e-STJ fl. 439):

De outra banda, mantendo a aplicação prevista no § 4º, porque o condenado preenche os requisitos legais lá previsto, faço uma redução na fração pertinente. E aqui uso dos critérios do artigo 42 da Lei 11.343, para estabelecer a fração de um sexto para a redução da pena, pois o apelado estava traficando entorpecentes de nociva gravidade, crack e cocaína, e a quantidade desta última não era desprezível. Portanto, as penas são fixadas em quatro anos e dois meses de reclusão e quatrocentos e dezesseis dias- multa.

Observa-se, pela leitura dos excertos supra, que o acórdão recorrido fixou o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 no patamar mínimo de 1/6 tendo em vista a quantidade da droga apreendida - "10 (dez) porções de cocaína, na forma de "pedras" de crack e 37 (trinta e sete) buchas de cocaína, acondicionadas em um pote plástico, todas as porções prontas para a venda" (e-STJ fl. 437).

Sobre a possibilidade de a quantidade da droga embasar o percentual de redução nos casos de reconhecimento da figura do tráfico privilegiado, destaco os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. NATUREZA DA DROGA. FIXADO O REGIME INICIAL FECHADO E NEGADA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. O estabelecimento do redutor na fração de 1/3 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, dada a natureza da droga apreendida - 18 papalotes de crack - a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. O quantum de redução aplicado fica indene ao crivo do habeas corpus, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

5. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de que, afastados a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas e o fundamento referente à gravidade in abstrato do delito, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. (HC 315.705/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 31/03/2015) - (grifei).

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO. DESCABIMENTO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO E VEDAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. CONSIDERAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Justificado o quantum de redução pela causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em razão da natureza e da diversidade das drogas apreendidas, descabe falar em flagrante constrangimento ilegal a ser sanado, ainda mais quando a fração de redução aplicada "fica indene ao crivo do habeas corpus, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório" (HC 321.624/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2015, DJe 03/08/2015).

3. Caso em que a incidência daquela minorante no patamar de 1/3 decorreu da natureza da droga apreendida (20g de crack), inexistindo ilegalidade patente a ser reparada na via estreita do mandamus.

(...)

7. Habeas corpus não conhecido. (HC 322.782/MS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 03/09/2015, DJe 21/09/2015) - (grifei).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, não verifico constrangimento ilegal a ser sanado no ponto em que foi aplicada a diminuição da pena no percentual mínimo, em prestígio à discricionariedade do julgador, que fundamentou concretamente a escolha desse percentual, ao sopesar a considerável quantidade da droga apreendida.

Em relação ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não há como converter a pena, tendo em vista que o *quantum* da reprimenda aplicada supera o limite previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

Por fim, no que tange ao regime de cumprimento de pena, em se tratando de tráfico de entorpecentes, desde o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n. 111.840/ES, inexistente a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, do Código Penal.

Esse entendimento também é adotado por ambas as Turmas da Terceira Seção desta Corte, conforme segue:

CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (LEI N. 11.343/2006, ART. 33). APREENSÃO DE 4,37G DE COCAÍNA E 2,54G DE CRACK. PENA FIXADA EM 1 (UM) ANO E 8 (OITO) MESES DE RECLUSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DE IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO (STF, HC N. 111.840). ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

02. Para o Supremo Tribunal Federal, "se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado" (HC n. 111.840/ES, Rel. Ministro Dias Toffoli). À luz dessas premissas, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (HC n. 97.256/RS, Rel. Ministro Ayres Brito) e do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (HC n. 111.840/ES, Rel. Ministro Dias Toffoli).

Consequentemente, se satisfeitos os pressupostos legais, aos réus



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenados por crime de tráfico de drogas não podem ser negados o regime prisional aberto ou semiaberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (HC n. 306.980/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 18/11/2014; HC 297.688/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 11/11/2014).

03. No crime de tráfico de drogas, sendo o réu primário e a pena privativa de liberdade aplicada inferior a 4 (quatro) anos, pode cumpri-la em regime aberto ou tê-la substituída por restritiva de direito, desde que as circunstâncias judiciais lhe sejam favoráveis e insignificante a quantidade de drogas apreendidas [4,34g de cocaína e 2,4g de crack] (Lei n. 11.343/2006, art. 42; STJ, AgRg no AREsp 202.564/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 10/02/2015; AgRg no REsp 1.462.967/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 05/02/2015; HC 294.400/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 28/04/2015; AgRg no AREsp 601.000/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 25/11/2014).

04. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para: a) estabelecer o regime aberto para cumprimento inicial da pena; b) substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, observadas as condições que deverão ser estabelecidas pelo Juízo da execução. (HC 321.664/SP, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO, Quinta Turma, DJe 3/8/2015).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, INCISO VI, DA LEI N.º 11.343/06. AFASTAMENTO. ASPECTOS OBJETIVOS. CONSIDERAÇÕES OUTRAS. INCURSÃO NA SEARA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

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 substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

4. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos e 10 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido. (HC 322.546/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 3/8/2015).

Ainda sobre o regime, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a valoração negativa da quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação de regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso, bem como para obstar a respectiva substituição por pena restritiva de direitos. Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO. NÃO CABIMENTO. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. QUANTIDADE E VARIEDADE DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE.

[...]

2. Justificado o quantum de redução pela minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em razão da qualidade e diversidade das drogas apreendidas, descabe falar em flagrante constrangimento ilegal a ser sanado, ainda mais quando a fração de redução aplicada "fica indene ao crivo do habeas corpus, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório (HC 321.624/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2015, DJe 03/08/2015).

3. Caso em que a incidência daquela minorante no patamar de 1/3 decorreu da quantidade e da natureza da droga apreendida (55 porções de cocaína e maconha), inexistindo ilegalidade patente a ser reparada na via estreita do mandamus.

4. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

observar o disposto no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

5. A despeito de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis e de a pena ter sido fixada em 3 anos e 4 meses de reclusão, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas em poder do paciente, também utilizadas para o fim de fixar o regime prisional, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, admitem o cumprimento inicial da sanção no regime semiaberto.

6. A Suprema Corte, no HC n. 97.256/RS, também passou a admitir a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, no termos do art. 44 do Código Penal.

7. A jurisprudência desta Corte tem entendido que a natureza, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas podem interferir na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (AgRg na Rcl 21.663/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/11/2014, DJe 05/12/2014).

8. In casu, a Corte estadual, sem se alinhar àquela orientação pretoriana, valeu-se, também, da quantidade (55 invólucros) e da natureza da droga (cocaína e maconha) para vedar a substituição pretendida.

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena. (HC 296.069/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe 11/9/2015).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NÃO CONHECIMENTO.

1. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

2. Mantido o regime inicial fechado e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos pelo Tribunal de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, em especial a quantidade e a natureza da droga apreendida - 25,5 g de cocaína - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

3. Habeas corpus não conhecido. (HC 321.231/SP, Rel. Ministra



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 11/9/2015).

No caso, extrai-se do acórdão condenatório que a pena-base foi fixada no mínimo legal, sendo a quantidade e variedade de entorpecentes sopesadas na terceira fase da dosimetria da pena, com repercussão no regime prisional, conforme segue (e-STJ fl. 440):

Faço apenas uma ressalva: passei a seguir o entendimento firmado a partir do HC 111.840/ES do STF, a reputar inconstitucional a fixação ex lege de regime. No caso vertente, entretanto, não implica em modificação do regime definido no voto condutor, pois, diante da análise das circunstâncias do art. 33, §3º, do CP c/c art. 59 do CP e art. 42 d a Lei 11.343/06, somente o regime mais gravoso se mostra suficiente em especial pela quantidade e diversidade de droga apreendida, cuja natureza é gravosa.

Portanto, embora o paciente seja primário, condenado à pena privativa de liberdade superior a 4 e não excedente a 8 anos, a natureza, quantidade e diversidade das drogas foram ponderadas de forma negativa na terceira fase da dosimetria da pena, razão pela qual revela-se idônea a fixação de regime inicial mais gravoso.

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

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0244562-9

HC 337.328 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 14121400035311 70065379695

EM MESA

JULGADO: 01/03/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO JOSÉ GISI**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE	: VLADIMIR DOS SANTOS GARCIA

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.