



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 510.174 - RS (2019/0137482-7)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
AGRAVANTE : GRAZIELA DAMASCENO SOARES
ADVOGADO : LEONARDO PIRES DE ALMEIDA - RS100573
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. REFAZIMENTO. EXCEPCIONALIDADE. CRITÉRIO TRIFÁSICO. APLICAÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. ESCOLHA DA FRAÇÃO. CRITÉRIO LEGAL. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E INFERIOR A 8 ANOS. REGIME FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. CONCEDIDO O REGIME SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PEDIDO PREJUDICADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O refazimento da dosimetria da pena em *habeas corpus* tem caráter excepcional, somente sendo admitido quando se verificar de plano e sem a necessidade de incursão probatória, a existência de manifesta ilegalidade ou abuso de poder.

2. A causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 foi aplicada em 1/6 tendo em vista a quantidade e natureza da droga apreendida – total de 37 porções de *crack* (15 pedras com a paciente e 22 com o corréu) –, de acordo com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/06 e a jurisprudência pacífica desta Corte. Precedentes. Ademais, a reforma do entendimento consignado pela Corte Estadual no que se refere ao *quantum* de redução aplicado constitui matéria que refoge ao restrito escopo do *habeas corpus*, porquanto demanda percuente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

3. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal – CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo, de acordo com o disposto no enunciado n. 440 da Súmula desta Corte e os enunciados ns. 718 e 719 das Súmulas do Supremo Tribunal Federal – STF.

4. 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.

Conforme afirmado no *decisum* agravado, restou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

evidenciado o constrangimento ilegal na imposição do regime fechado pelas instâncias ordinárias, pois, a fixação foi em razão da hediondez e da gravidade abstrata do delito, o que vai de encontro com a jurisprudência desta Corte Superior, mormente se considerarmos que a quantidade de droga apreendida não foi tão elevada. Dessa forma, considerando, ainda, que a paciente é primária, bem como o *quantum* de pena aplicado (4 anos e 2 meses de reclusão), correta a fixação do regime **semiaberto**, de acordo com o disposto no art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.

5. Mantida a pena fixada pelas instâncias ordinárias superior a 4 anos, o pleito quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos encontra-se prejudicado, haja vista que a agravante não preenche os requisitos previstos no art. 44, do Código Penal.

6. Agravo regimental desprovido.

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, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília, 03 de setembro de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 510.174 - RS (2019/0137482-7)

AGRAVANTE : GRAZIELA DAMASCENO SOARES
ADVOGADO : LEONARDO PIRES DE ALMEIDA - RS100573
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de agravo regimental interposto por GRAZIELA DAMASCENO SOARES contra decisão de minha lavra, na qual não conheci do *habeas corpus* em que se buscava o redimensionamento da pena, a alteração do regime inicial de cumprimento de pena e a sua substituição por restritivas de direitos, mas concedi a ordem, de ofício, apenas para estabelecer o regime prisional semiaberto para resgate inicial da reprimenda (fls. 767/780).

No presente regimental, a defesa sustenta, em síntese, a permanência de flagrante ilegalidade consistente na fração de 1/6 aplicada para reduzir a pena da paciente, em razão da incidência da causa especial de diminuição de pena da Lei de Drogas. Repisa a alegação de que a ora agravante não faz parte de organização criminosa e que faz jus ao redutor em seu grau máximo.

Reafirma que foi apreendida ínfima quantidade de droga em poder da agravante (15 pedras de *crack*).

Pretende, assim, a reconsideração da decisão para conceder a ordem, a fim de que seja aplicada a fração máxima de 2/3 na redução da pena, devendo esta ser imposta em 1 ano e 8 meses de reclusão, assim, como também, o estabelecimento do regime inicial aberto, bem como a substituição da pena corporal pela restritiva de direitos. Subsidiariamente, requer a apresentação do agravo para deliberação colegiada.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 510.174 - RS (2019/0137482-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

O presente agravo regimental não merece provimento, em que pesem os argumentos apresentados pelo agravante, devendo a decisão ser mantida por seus próprios fundamentos.

Conforme afirmado no *decisum* agravado, esta Corte Superior não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, porém ressalta a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente, o que não é o caso dos autos.

A agravante busca a aplicação da redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, em seu grau máximo, a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

Inicialmente, é certo que o refazimento da dosimetria da pena em *habeas corpus* tem caráter excepcional, somente sendo admitido quando se verificar, de plano e sem a necessidade de incursão probatória, a existência de manifesta ilegalidade ou abuso de poder.

A ora agravante foi presa em flagrante, juntamente com o corréu Alexandre, trazendo consigo o total de 37 pedras de *crack*, 15 pedras com a paciente e 22 pedras com o corréu (fl. 30).

Diante disso, o Juízo de primeiro grau condenou a paciente por tráfico de drogas privilegiado à pena de 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial fechado, substituída por restritiva de direitos, e pagamento de 500 dias-multa, nos termos da seguinte fundamentação:

Atendendo o comando do art. 68, bem como do art. 59, ambos do Código Penal, verificam que a ré não registra antecedentes (fl. 45). não há elementos para analisar sua conduta social. Quanto à sua personalidade, não há elementos para aferição de transtornos sócio-psicológicos. Os motivos limitam-se a ganhar dinheiro à custa de sofrimento alheio. No que tange às circunstâncias do crime, não merecem relevo, pois presa em local comumente utilizado pelo tráfico. As consequências do crime são muito graves, uma vez que o comércio de drogas aniquila famílias e dá sustentáculo do crime organizado. Por fim, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vítima é o Estado que em nada colaborou.

Dessa forma, conforme seja necessário e suficiente para a prevenção e repressão do crime, a culpabilidade deve ser mensurada no mínimo legal.

Assim, fixo a pena-base em 05 anos de reclusão.

Ausente circunstâncias agravantes e atenuantes, transformando a pena-base em pena provisória na quantia de 05 anos de reclusão.

Ausente circunstâncias majorantes e minorantes causas de aumento. No entanto, diante da incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, reduzo o apenamento, diante das circunstâncias do fato e da quantidade de droga apreendida, em 1/6. Sendo assim, transformo a pena provisória em pena definitiva que estabeleço em 4 anos e 2 meses de reclusão.

O regime da pena a ser observado, é inicialmente o fechado por força do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90.

DA PENA DE MULTA.

A multa, cumulativa na espécie, considerando a situação econômica da condenada, fica fixada, nos termos do previsto nos arts. 33 e 43, da Lei n.º 11.343/2006, em 500 (quinhentos) dias-multa, valendo cada um deles um trigésimo do salário mínimo vigente à época do fato (fls. 37/38).

Por sua vez, o Tribunal de Justiça estadual, negou provimento ao apelo do Ministério Público e deu provimento ao recurso da defesa, reduzindo a pena de multa para 415 dias-multa. Em sede de pedido revisional, manteve a pena e o regime. Transcrevo, no ponto, o seguinte fragmento do acórdão da revisão criminal, *verbis*:

O requerente postula a aplicação da causa de diminuição da pena do art. 33, § 4, da Lei nº 11.343/06 em patamar superior ao fixado na condenação, bem como a imposição de regime inicial mais brando, tendo em vista a declaração da inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos. Fez referência, também, ao tratamento jurisprudencial menos severo dado ao crime de tráfico privilegiado.

Pedidos como o da espécie não se prestam à reapreciação de questões já debatidas no processo. Cediço que a natureza jurídica da Revisão Criminal não é de sucedâneo recursal, admitida somente em casos excepcionais e em hipóteses taxativas.

Para que se conclua que os argumentos expedidos por ocasião da Revisão Criminal já foram alvo de discussão e valoração suficiente na sentença, faz-se necessário tomar conhecimento da ação. Assim, o não conhecimento, respeitando, mais uma vez, posições contrárias, deve ser relegado aos casos em que haja causa impeditiva para o julgamento de mérito, seja dos recursos criminais, seja das ações de competência originária desta Corte.

A procedência do pedido, nos termos da presente revisional, somente seria cabível se a sentença condenatória transitada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em julgado contrariasse texto expresso de lei ou as evidências dos autos.

O Juízo singular reconheceu a causa de diminuição da pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 no patamar de 1/6. No julgamento da Apelação nº 70054539721, a Segunda Câmara Criminal manteve a decisão, sob os seguintes fundamentos:

No caso em apreço, considerando apreensão de significativa volumetria de crack em poder dos réus, não se mostra adequado aos apelantes a incidência da fração redutora em maior patamar, diante da quantidade e natureza lesiva do entorpecente apreendido, mantendo-se a redução da pena à fração mínima prevista em lei.

Com a requerente e com o corréu foram apreendidas 37 pedras de crack.

O reconhecimento da minorante em patamar mínimo foi devidamente justificado pelo Magistrado singular e pelo órgão colegiado, considerados elementos concretos dos autos, ausente erro ou injustiça a ser sanado em sede de revisão criminal.

Da mesma forma, a aplicação do regime inicial fechado foi fixada com fundamento no art. 33, § 3º, do Código Penal, considerado o entendimento da Segunda Câmara Criminal, que, à unanimidade, negou provimento ao apelo, sob a relatoria do Dr. Sandro Luz Portal.

Ao analisar o regime, assim se manifestou:

Em derradeiro, estabeleceu o Juízo a quo o regime inicial fechado para o cumprimento da pena, em alusão direta ao artigo 2º-, §1º, da Lei nº 8.072/90.

Reconheceu o Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus nº 111.840/ES, todavia, a inconstitucionalidade da fixação obrigatória do regime inicial fechado nos crimes hediondos e nos equiparados, como o tráfico, uniformizando, no seio dos tribunais superiores, a observância dos requisitos do art. 33, do Código Penal, na delimitação do regime.

(...)

Assim, mercê do precedente citado, cada caso deverá ter seu regime estabelecido a partir de determinadas circunstâncias, com a prevalência do disposto no art. 33, do CP.

Na situação telada, a despeito da primariedade de ambos os apelantes e do quantum da pena fixado em patamar inferior a 08 (oito) anos de reclusão, verifico que as circunstâncias do fato, em que houve a apreensão de significativa volumetria de crack em poder dos réus, substância de alto poder lesivo perante a saúde pública, e que estes traficavam juntos, prevalecendo-se desse apoio recíproco, não recomendam o cumprimento da pena pelo apelante em condição mais branda, mantendo-se o inicial fechado, embora com fulcro no artigo 33, §§2º e 3º, do Código Penal, associado ao comando do art. 42, da Lei de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Drogas.

Ausente nova circunstância que tenha reflexo no regime, o qual foi aplicado nos limites da legalidade e a partir de fundamento concreto, não há justificativa para rescisão da coisa julgada no ponto (fls. 95/98).

Quanto a aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, cumpre ressaltar que depende do convencimento do Magistrado de que o apenado, primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades delituosas nem integre organização criminosa. Nesse contexto, na escolha do *quantum* de redução da pena em razão da incidência do redutor, deve-se levar em consideração a quantidade e a natureza da substância apreendida, por expressa previsão legal (art. 42 da Lei n. 11.343/06).

In casu, o Tribunal *a quo* fixou o patamar da redução em 1/6 com base em elementos concretos extraídos dos autos, evidenciados pela quantidade e natureza lesiva da droga apreendida – total de 37 porções de *crack* (15 pedras com a paciente e 22 com o corréu) –, tudo a indicar uma maior reprovabilidade da conduta da agravante.

Ademais, a reforma do entendimento consignado pela Corte Estadual no que se refere ao *quantum* de redução aplicado constitui matéria que refoge ao restrito escopo do *habeas corpus*, porquanto demanda percuente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

Nesse sentido, vejam-se os seguintes precedentes desta Corte Superior:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI . 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA QUE JUSTIFICAM A APLICAÇÃO NA FRAÇÃO MÍNIMA.

1. Tanto a Quinta quanto a Sexta Turma deste Superior Tribunal firmaram o entendimento de que, considerando que o legislador não estabeleceu especificamente os parâmetros para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, devem ser consideradas, para orientar o cálculo da minorante, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, especialmente o disposto no art. 42 da Lei de Drogas (AgRg no HC n. 272.773/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 7/6/2016, DJe 21/6/2016).

2. No caso dos autos a pena-base foi fixada no mínimo legal e a minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 foi



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicada na fração de 1/6, com amparo em fundamentação idônea. Digno de nota que o agravante possui uma condenação transitada em julgado em 2001 e foi surpreendido na posse de 33 pedras de crack.

3. Agravo regimental desprovido (AgRg no Resp 1722450/RS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, DJe 26/6/2018).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE, NATUREZA E DIVERSIDADE DA DROGA UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO OBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA EM PARTE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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

2. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organizações criminosas.

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

4. Hipótese na qual a Corte estadual, atenta às diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a quantidade, a natureza e a diversidade das drogas apreendidas - 3 invólucros de crack (0,2g), 1 pedra bruta da mesma droga (5,4g), e ainda mais 23 papелotes da mesma substância (8,0g), 2 invólucros de cocaína (1,4g) e 1 invólucro da maconha (1,5g) -, exclusivamente, na terceira etapa da dosimetria da pena, para fazer incidir a minorante em 1/6, o que não se mostra desproporcional. Precedentes STJ e STF.

5. Aplicada a pena definitiva em 4 anos e 2 meses de reclusão, sendo primário o réu e favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime semiaberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do CP.

6. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do atendimento do requisito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

objetivo, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para estabelecer o regime semiaberto como o inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade (HC 440.564/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 30/5/2018).

Por sua vez, sobre o regime prisional, o Plenário do Supremo Tribunal Federal – STF, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

Com efeito, sedimentou-se nesta Corte Superior 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 – CP, em conjunto com o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga.

Assim, o regime prisional deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Conforme afirmado no *decisum* agravado, restou evidenciado o constrangimento ilegal na imposição do regime fechado pelas instâncias ordinárias, pois, a fixação foi em razão da hediondez e da gravidade abstrata do delito, o que vai de encontro com a jurisprudência desta Corte Superior, mormente se considerarmos que a quantidade de droga apreendida não foi tão elevada. Dessa forma, considerando, ainda, que a paciente é primária, bem como o *quantum* de pena aplicado (4 anos e 2 meses de reclusão), correta a fixação do regime **semiaberto**, de acordo com o disposto no art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. PRIMARIEDADE DO PACIENTE. PENA TOTAL SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA NÃO EXPRESSIVA. GRAVIDADE ABSTRATA E HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INTERMEDIÁRIO. PRISÃO APÓS O JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO. NÃO EXAURIMENTO DOS RECURSOS ORDINÁRIOS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PENDENTES DE JULGAMENTO. INVIABILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal - STF, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

3. **Sedimentou-se, nesta Corte Superior, 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 - CP, em conjunto com o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga. Assim, o regime prisional deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.**

In casu, resta evidenciado o constrangimento ilegal na imposição do regime fechado pela Corte estadual, pois, a fixação foi em razão da hediondez e da gravidade abstrata do delito, o que vai de encontro com a jurisprudência desta Corte Superior, mormente se considerarmos que a quantidade de droga apreendida não foi elevada (40,46g de crack, 12,21g de cocaína e 7,80g de maconha). Dessa forma, considerando, ainda, que o paciente é primário, bem como o quantum de pena aplicado (5 anos de reclusão), correta a fixação do regime semiaberto, de acordo com o disposto no art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.

4. Este Tribunal Superior, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a admitir a possibilidade de cumprimento provisório da pena após o exaurimento das instâncias ordinárias, por ser o recurso extraordinário desprovido de efeito suspensivo.

No caso em debate, todavia, a determinação do cumprimento antecipado da pena do paciente decorre do acórdão proferido no mencionado julgamento da Apelação n. 0009047.02.2017.8.26.0196/SP, ao qual, segundo revelam as informações disponíveis no site do Tribunal de origem, foram opostos embargos de declaração, ainda pendentes de julgamento, fato que obsta a expedição de mandado de prisão em desfavor do apenado.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ofício, para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena do paciente, determinando, ainda, que o paciente aguarde em liberdade o esgotamento das vias recursais ordinárias, se por outro motivo não estiver preso (HC 502.272/SP, de minha Relatoria, QUINTA TURMA, DJe 13/6/2019).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. AÇÃO PENAL EM CURSO PELO MESMO DELITO. ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONFIGURAÇÃO. CABÍVEL O REGIME INICIAL SEMIABERTO, EM RAZÃO DA PENA IMPOSTA E DA PRIMARIEDADE DO PACIENTE. CONFIRMADA A LIMINAR. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Conforme entendimento desta Corte Superior de Justiça, embora ações penais em curso não possam ser utilizadas para negativar a pena-base, podem servir como fundamento para considerar que há dedicação às atividades criminosas, o que afasta a incidência da minorante. Entendimento firmado pela Terceira Seção desta Corte Superior no julgamento do EREsp n. 1.431.091/SP.

2. Sendo o Paciente primário, não tendo sido valorada negativamente na primeira fase da dosimetria nenhuma vetorial do art. 59 do Código Penal nem do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, imposta a reprimenda final de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, cabível o regime segundo o quantum de pena aplicado, portanto, o semiaberto, pois a fundamentação lançada pelo Tribunal local não indica nenhuma gravidade concreta apta a justificar a fixação de modo mais gravoso.

3. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para, confirmando a liminar deferida, fixar, em definitivo, o regime semiaberto para início de cumprimento de pena (HC 500.159/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, DJe 11/6/2019).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTES CONDENADOS À PENA DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. PRIMARIEDADE E PEQUENA QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS QUE POSSIBILITAM O REGIME INTERMEDIÁRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...).

- Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719 do STF.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Hipótese em que o acórdão recorrido não apresentou fundamentação concreta acerca da necessidade do regime mais gravoso, destacando, apenas, a gravidade abstrata do delito, o que configura constrangimento ilegal. Assim, considerando a pequena quantidade das drogas apreendidas, a primariedade dos pacientes e o fato de a pena aplicada ser superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão, cabível, na espécie, o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida ex officio, modificando o regime de cumprimento da pena dos pacientes para o inicial semiaberto (HC 394.556/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 24/8/2017).

Por fim, mantida a pena fixada pelas instâncias ordinárias superior a 4 anos, o pleito quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos encontra-se prejudicado, haja vista que a agravante não preenche os requisitos previstos no art. 44, do Código Penal.

Quanto ao tema, cito o seguinte julgado:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DE TRÁFICO PARA CONSUMO PESSOAL. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME APROFUNDADO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA N. 7/STJ. DOSIMETRIA DA PENA. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES ILÍCITAS. SÚMULA N. 7/STJ. REGIME INICIAL SEMIABERTO FIXADO DE ACORDO COM O QUANTUM DE PENA APLICADA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

(...).

2. No que concerne à causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no caso concreto, as instâncias ordinárias concluíram fundamentadamente pela dedicação do acusado a atividades ilícitas, com base na quantidade de drogas apreendidas (73,51g de maconha), na apreensão de balança de precisão e de dinheiro sem comprovação de origem lícita, bem como na existência de condenação anterior pela prática de tráfico de drogas. Desse modo, entender de modo diverso demandaria necessariamente revolvimento de fatos e provas. Incidência da Súmula n. 7/STJ.

3. Quanto à fixação de regime inicial aberto para o início do cumprimento de pena e à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, mantida a pena definitiva fixada acima de 4 anos e, conseqüentemente, o não preenchimento de requisito legal, os pleitos restam prejudicados.

4. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1789197/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 6/5/2019).

Assim sendo, não há o que ser reformado na decisão agravada.

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0137482-7

AgRg no
HC 510.174 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00305422920108210086 00674318020198217000 01785999720138217000
02829349420188217000 03892840920188217000 1785999720138217000
2829349420188217000 305422920108210086 3892840920188217000
674318020198217000

EM MESA

JULGADO: 03/09/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO PEDRO BANDEIRA DE MELO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LEONARDO PIRES DE ALMEIDA
ADVOGADO : LEONARDO PIRES DE ALMEIDA - RS100573
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : GRAZIELA DAMASCENO SOARES (PRESO)
CORRÉU : ALEXANDRE DE ASSIS SOUZA

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 : GRAZIELA DAMASCENO SOARES
ADVOGADO : LEONARDO PIRES DE ALMEIDA - RS100573
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.