



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 344.191 - RS (2015/0308740-9)

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 : DANIEL NEVES
PACIENTE : DOUGLAS BATISTA CARDOZO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. INVIABILIDADE DE INCIDÊNCIA DO REDUTOR. DEDICAÇÃO À ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO E QUANTIDADE DA DROGA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. *QUANTUM* SUPERIOR A 4 ANOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

- 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.

- A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que não há ilegalidade na negativa de aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 quando a quantidade da substância apreendida permite aferir que o agente se dedica a atividade criminosa.

- O Supremo Tribunal Federal, 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, determinando, também nesses casos, a observância do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59 do Código Penal.

- No caso, tendo as penas-base sido fixadas acima do mínimo legal, bem como a grande quantidade de droga apreendida - 4 kg de maconha-, não se vislumbra ilegalidade na fixação do regime mais gravoso.
- Uma vez que as penas privativas de liberdade foram arbitradas em patamar superior a 4 anos, não há se falar em substituição da reprimenda por restritivas de direitos.
- *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, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 10 de maio de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 344.191 - RS (2015/0308740-9)

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 : DANIEL NEVES
PACIENTE : DOUGLAS BATISTA CARDOZO

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 DANIEL NEVES e DOUGLAS BATISTA CARDOZO, no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Apelação n. 0227315-87.2015.8.21.7000).

Consta dos autos que o paciente DOUGLAS foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 e no art. 329, *caput*, do Código Penal, à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado. Na mesma oportunidade, o paciente DANIEL foi condenado à pena de 3 anos e 8 meses de reclusão, em regime aberto como incurso no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006.

Interposta apelação pela defesa e pela acusação, o Tribunal local deu parcial provimento para os recursos. Declarou-se a prescrição da pretensão punitiva no que toca ao crime de resistência imputado ao acusado DOUGLAS e, quanto ao crime de tráfico de drogas, as penas dos réus foram aumentadas, sendo a de DOUGLAS redimensionada para 6 anos e 6 meses de reclusão e multa, mantido o regime fechado, e a pena de DANIEL alcançou 7 anos de reclusão e multa, alterando o regime prisional para inicial fechado, nos seguintes termos (fls. 403/434):

APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. DECLARADA A PRESCRIÇÃO DO DELITO DE RESISTÊNCIA. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO PELO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. AFASTAMENTO DA MINORANTE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PARA UM DOS ACUSADOS.

PRELIMINAR. Visto que o acusado era menor de 21 anos na data do fato, transcorrido período superior a 01 ano e 06 meses, entre a data do recebimento da denúncia (17/07/2013) e a data da publicação da sentença condenatória (10/03/2015), e não havendo a incidência de outras causas suspensivas ou interruptivas, deve ser declarada extinta a punibilidade do crime de resistência em face da prescrição da pretensão punitiva, por força do art. 107, inc. IV, do Código Penal. Preliminar acolhida.

TRAFICO DE DROGAS. Narrativas dos policiais unânimes e coerentes. Em seus depoimentos, declararam que a guarnição estava em patrulhamento de rotina em local conhecido como ponto de venda de entorpecentes, quando avistaram um dos acusados, o qual, ao visualizar a guarnição, correu para o interior de uma casa, onde foi abordado pelos policiais. Referiram que, ao adentrar o local, visualizaram o corréu, o qual estava em cima de uma cama, deitado. Na revista no imóvel, encontraram uma sacola, a qual continha a droga apreendida, além de uma balança de precisão, que estava no interior da residência. A quantidade muito expressiva, a forma como estava acondicionada a droga e a balança de precisão evidenciam o destino comercial da substância ilícita. Condenação mantida.

ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. Não evidenciado o animus associativo com estabilidade e permanência. Mantida a absolvição.

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. Exasperação das penas-base em maior patamar, em razão da quantidade muito expressiva de droga apreendida. Afastada a minorante para um dos acusados e não reconhecida para o outro, visto que comprovada a dedicação às atividades criminosas.

REGIME DE CUMPRIMENTO. Fixado o regime fechado para os acusados em face do quantum da pena e da periculosidade concreta da conduta.

PENA DE MULTA. Mantidas as penas de multa fixadas na sentença. O pedido de isenção ou redução com base na alegada impossibilidade financeira deve ser formulado perante o Juízo da Execução Penal.

*APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARCIALMENTE PROVIDO.
APELO DE DEFESA PARCIALMENTE PROVIDO.*

Foram, ainda, opostos embargos de declaração, que acabaram rejeitados (fls. 443/451).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No presente *writ*, a impetrante alega que os pacientes estão sofrendo constrangimento ilegal, tendo em vista a não aplicação da causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Sustenta, ainda, a ilegalidade na fixação do regime fechado.

Entende que, uma vez redimensionadas as penas, cabível o regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Dessa forma, requer, na liminar e no mérito, a aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas na fração máxima, a fixação do regime aberto, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 460/463.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 547/551, pelo não conhecimento do *habeas corpus*:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS AFASTADA COM BASE NAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS INDICATIVAS DE QUE OS RÉUS DEDICAVAM-SE A ATIVIDADE CRIMINOSA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME INICIAL FECHADO JUSTIFICADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO WRIT.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 344.191 - RS (2015/0308740-9)

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, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 negativa aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na fixação do regime inicial semiaberto e na não substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador e está atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que somente podem ser revistos por esta Corte, mormente em *habeas corpus*, em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito.

Em relação à não aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, segue o que foi consignado pela Corte *a quo* quando julgada a apelação (fls. 424/427):

Réu Douglas

(...)

Ainda, a defesa pede o reconhecimento da minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Contudo, entendo que o acusado não preenche os requisitos para ser merecedor da aplicação, visto que comprovada a dedicação às atividades criminosas. A quantidade muito expressiva (aproximadamente 4,2 kg de maconha), aliada à balança de precisão apreendida, evidencia que o acusado não era um traficante ocasional. Dessa forma, inviável a aplicação da causa de redução.

(...)

Réu Daniel

(...)

O Ministério Público pede o afastamento da minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, enquanto a defesa pede a aplicação da minorante em seu grau máximo.

Pelos mesmos motivos utilizados para não aplicar a causa de redução ao acusado Douglas, afasto a minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Portanto, extrai-se que o Tribunal *a quo* formou sua convicção com base nos elementos fáticos constantes dos autos para não aplicar a redutora do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, por entender que os pacientes se dedicavam à atividades criminosas, tendo em vista quantidade de drogas apreendidos com os réus - 4kg de maconha - bem como uma balança de precisão.

Sobre o tema, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que não há ilegalidade na negativa de aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 quando a quantidade e natureza das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substâncias apreendidas permitem aferir que o agente se dedica a atividade criminosa, como na espécie.

A propósito:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS. AFASTAMENTO DA REDUÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. RECURSO DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. DESNECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE MATÉRIA PROBATÓRIA. AGRAVO DESPROVIDO.

I - A expressiva quantidade de droga apreendida com o recorrente - 11,240 kg de maconha - revela-se apta a evidenciar a dedicação à atividade criminosa, não fazendo jus, portanto, à incidência da minorante, conforme previsto no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06.

II - Além disso, o atual entendimento jurisprudencial desta Corte Superior é no sentido de que, regra geral, o agente que transporta drogas, na qualidade de 'mula' do tráfico, integra organização criminosa. Precedentes.

III - "[...] A questão discutida neste recurso especial não demanda o revolvimento de matéria fático-probatória, procedimento que é obstado pela Súmula n. 7 deste Superior Tribunal, tal como ocorre, por exemplo, com a valoração das circunstâncias judiciais (uma a uma). O caso, diversamente, demanda apenas o reexame da aplicação da pena, providência admitida em caráter excepcional, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68 do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, sob o aspecto da legalidade, nas hipóteses de falta ou de equívoco evidente de fundamentação das circunstâncias judiciais (como no caso) ou, ainda, de erro de técnica no critério trifásico de aplicação da pena" (AgRg no REsp n. 1.475.447/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 22/6/2015).

Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1480593/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2015, DJe 29/10/2015).

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 33, CAPUT, DA LEI N.º 11.343/06, ART. 157, § 2.º, I E II, E ART. 180, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. (1) WRIT SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. (2) PACIENTE MATHEUS. CONDENAÇÃO POR ROUBO CIRCUNSTANCIADO E RECEPÇÃO. MAJORANTES. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. JUSTIFICATIVA IDÔNEA. (3) REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. (4) PACIENTE TAMIRES. CONDENAÇÃO POR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TRÁFICO DE DROGAS E RECEPÇÃO. PENAS-BASE FIXADAS NO MÍNIMO LEGAL. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. QUANTIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS (1,5 KG DE MACONHA E 390 G DE CRACK). DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. (5) FIXADO REGIME INICIAL FECHADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ILEGALIDADE MANIFESTA. OCORRÊNCIA. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. (6) NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

(...)

4. O Colegiado estadual, quanto à paciente Tamires, manteve a fixação da pena-base no mínimo legal e negou a aplicação da causa especial de diminuição de pena em razão da natureza, quantidade e diversidade das drogas apreendidas (1,5 Kg de maconha e 390 g de crack), o que não configura manifesto constrangimento ilegal, porquanto devidamente fundamentado o afastamento da benesse com fulcro no art. 42 da Lei n.º 11.343/06. Ademais, concluído pelo Tribunal origem, com arrimo nos fatos da causa, que a paciente se dedicava à atividade criminosa, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

(...)

6. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, no tocante à paciente Tamires Natália de Oliveira, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado quanto ao crime de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a eventual possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena. (HC 284.849/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/08/2014, DJe 18/08/2014)

Em relação ao regime, como é cediço, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido:

Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

2. 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.

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que "[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado". Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado (STF, HC n. 111.840, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe em 17/12/2013).

Esse entendimento também é adotado por ambas as Turmas da Terceira Seção desta Corte, conforme se verifica dos seguintes julgados, dentre outros: HC 327.850/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe 29/10/2015; HC



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

311.618/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 24/6/2015; HC 264.068/RS, HC 274.020/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO, Sexta Turma, DJe 19/2/2015; e HC n. 299.797/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 2/12/2014.

No caso dos autos, não há se falar em ilegalidade na fixação do regime mais gravoso, tendo em vista que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, demonstrando que as circunstâncias judiciais dos pacientes não eram todas favoráveis, fundamentação suficiente para obstar a fixação do regime mais brando.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS IMPOSSIBILIDADE NA ESTREITA VIA DO WRIT. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. QUANTIDADE DE DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DEVIDA APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO §4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06, NO PERCENTUAL DE 1/6. REGIME FECHADO. FUNDAMENTO EXCLUSIVAMENTE NA HEDIONDEZ DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE FIXADA ACIMA MÍNIMO LEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

IV - O col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 - com redação dada pela Lei 11.464/07. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§2º e 3º, do Código Penal.

V - In casu, fixada a pena-base acima do mínimo legal, porque presente circunstância judicial desfavorável, mostra-se adequada a aplicação do regime inicial mais gravoso (no caso, o fechado), nos termos da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, § 2º, ambos do Código Penal, o que afasta a alegação de qualquer ilegalidade.

VI - O Pretório Excelso, nos termos da r. decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do HC n. 97.256/RS, ao considerar inconstitucional a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, contida no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06 - cuja execução foi suspensa pelo Senado Federal (Resolução n. 5 de 16/2/2012) -, permitiu a concessão da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

benesse legal aos condenados pelo crime de tráfico de drogas desde que preenchidos requisitos insertos no art. 44, do Código Penal.

VII - À luz do art. 44, do CP, o paciente não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Habeas corpus não conhecido. (HC 311.010/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 30/06/2015, DJe 17/08/2015)

Ademais, a quantidade da droga apreendida - 4kg de maconha - também é fundamentação suficiente para fixar o regime mais gravoso para cumprimento da pena.

A propósito:

*HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO. 1. A via eleita se revela inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes. 2. Todavia, o alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME. ELEVADA QUANTIDADE DO ESTUPEFACIENTE APREENDIDO. MODO MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE. 1. A teor da jurisprudência reiterada deste Sodalício, a escolha do regime inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao quantum da pena corporal firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso versado. 2. Na espécie, a gravidade concreta do crime, evidenciada pela expressiva quantidade dos entorpecentes apreendidos - 1.669,2 g de cocaína e 558,8 g de maconha -, justifica a imposição do modo prisional fechado. 3. *Habeas corpus não conhecido. (HC 320.640/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO – Desembargador Convocado do TJ/PE – Quinta Turma, julgado em 1/9/2015, DJe 10/9/2015).**

Por fim, tendo em vista que o *quantum* da penas arbitradas para os pacientes supera o limite previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal, não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0308740-9

HC 344.191 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00062836120138215000 00121300496191 02273158720158217000 121300496191
2273158720158217000 62836120138215000 70065419376

EM MESA

JULGADO: 10/05/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Me. **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	: DANIEL NEVES
PACIENTE	: DOUGLAS BATISTA CARDOZO

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, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.