



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.645 - RS (2015/0258140-6)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
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 : EVANDRO NUNES CORREIA

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

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. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso em concreto.

3. *In casu*, o Tribunal de origem afastou aquele redutor considerando que o paciente, embora tecnicamente primário, em razão da reiteração da prática criminosa específica, demonstrava que se dedicava a atividades ilícitas.

4. A modificação da conclusão a que chegou o Tribunal *a quo* implicaria incursão na seara fático-probatória, vedada nesta via estreita do *habeas corpus*.

5. 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.

6. Tendo em vista a quantidade de pena imposta (5 anos), a primariedade do condenado e o fato de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis, deve ser fixado o regime inicial semiaberto, a teor do contido no art. 33, § 2º, alínea "b", e § 3º, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena.

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 e conceder *habeas corpus* de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 23 de fevereiro de 2016 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.645 - RS (2015/0258140-6)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial impetrado em favor de EVANDRO NUNES CORREIA, em que se aponta como autoridade coatora a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que deu provimento à Apelação Criminal Ministerial n. 0257715-84.2015.8.21.7000.

Consta dos autos que:

a) o Juízo de Direito da 9ª Vara Criminal da Comarca de Porto Alegre condenou o paciente, por ofensa ao art. 33 da Lei n. 11.343/2006, à pena de 3 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 366,4 dias-multa (e-STJ fls. 258/267); e

b) o TJ/RS deu provimento à Apelação Criminal Ministerial, para afastar a aplicação do redutor do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, indeferir a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direito, em razão de a pena ser superior a 4 anos, bem como fixar o regime inicial fechado (e-STJ fls. 328/338).

No presente *writ*, a Defensoria alega que o paciente sofre constrangimento ilegal porque não foi aplicada a redução do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Reconhecido esse direito e reduzida a reprimenda, pugna pela substituição da pena prevista no art. 44 do Código Penal e alteração do regime inicial de seu cumprimento para o aberto.

A liminar foi indeferida (e-STJ fls. 346/347).

Em parecer o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ*, no entanto, pela concessão de ofício para aplicar a minorante do art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas, fixar o regime aberto e substituir a pena corporal por restritivas de direito (e-STJ fls. 356/359).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.645 - RS (2015/0258140-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

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.

A Corte de origem deu provimento ao recurso de apelação ministerial, reformando a sentença condenatória, para afastar a causa especial de diminuição de pena (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) por entender que o paciente se dedicava à traficância, circunstância que obstava a aplicação da redutora (e-STJ fls. 335/336):

Com respeito ao apenamento, assiste razão ao Ministério Público, porquanto o acusado ostenta condenação, ainda que recorrível, pela prática anterior de fato análogo ao que ora lhe é imputado (processo nº 2.13.0086452-2), merecendo registro, aqui, a circunstância consistente em que os antecedentes impeditivos da observância da minorante de que trata o art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas, diversamente dos considerados nas circunstâncias judiciais de fixação da pena, incluem todos aqueles que são anteriores à sentença, pois revelam dedicação à atividade delituosa (específica, inclusive, na hipótese vertente).

[...]

Daí por que, afastada a causa de diminuição precitada, vai estabelecida a sanção carcerária do denunciado no patamar de cinco anos de reclusão, e a pena pecuniária, em quinhentos e cinquenta dias-multa observado o valor unitário determinado na sentença, restando fixado o regime prisional fechado, considerando-se o quantum do apenamento ea regra posta no art. 33, § 3º, do Código Penal.

É sabido que o legislador, ao editar a Lei n. 11.343/2006, objetivou dar tratamento diferenciado ao traficante ocasional, ou seja, aquele que não faz do tráfico o seu meio de vida, por merecer menor reprovabilidade e, consequentemente, tratamento mais benéfico do que o dispensado ao traficante habitual.

Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso em concreto.

Para afirmar que o agente se dedica a atividades criminosas, o magistrado terá de analisar a vida pregressa do agente, sopesando sua conduta social, a habitualidade com que ele se envolveu em episódios delitivos, bem como as circunstâncias fáticas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que envolvem o tráfico de drogas.

A doutrina e a jurisprudência apontam situações caracterizadoras de atividades criminosas, tais como o fato de o agente encontrar-se na posse de armas e apetrechos relacionados ao tráfico, como embalagens para porções individualizadas (sacólés), a quantidade de droga apreendida e a circunstância de ele estar respondendo a outros processos criminais.

Nesse contexto, do trecho do aresto acima transcrito, observa-se que o Tribunal de origem fundamentou o afastamento da causa de diminuição na reiteração delitiva específica, o que demonstrou sua dedicação ao tráfico de drogas.

Assim, no ponto, não se vislumbra manifesta ilegalidade apta a causar constrangimento à liberdade de locomoção, porquanto devidamente expostos os motivos para o afastamento da aludida minorante, destinada aos que não se dedicam a atividades criminosas, o que não é o caso do ora paciente.

Ademais, adentrar nessa seara para modificar a conclusão a que chegou o Tribunal *a quo* implicaria incursão na seara fático-probatória, vedada nesta via estreita do *habeas corpus*.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA LEI DE TÓXICOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA AFASTADA PELO TRIBUNAL A QUO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.FIXAÇÃO APRIORÍSTICA DO REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO.INCONSTITUCIONALIDADE. ENTENDIMENTO FIRMADO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC N.º 111.840/ES, REL. MIN. DIAS TOFFOLI. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. REQUISITO OBJETIVO NÃO PREENCHIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Não se aplica a causa de diminuição inserta no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, na medida em que, conforme consignado no acórdão impugnado, de forma devidamente fundamentada, o Paciente não preenche os requisitos legais.

2. Na hipótese, o Tribunal de origem considerou que o Paciente, condenado como incurso no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006, às penas de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, se dedicava à atividade criminosa do tráfico, tendo em vista que foi preso em local conhecido como ponto de venda de drogas trazendo consigo 39 gramas de "cocaína", acondicionada em 36 pequenas embalagens plásticas, a quantia de R\$ 41,00 e um rádio transmissor pendurado no pescoço.

3. Para efeito de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, "A conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas." (STF, RHC 94.806/PR, 1.ª Turma, Rel. Min.CÁRMEN LÚCIA, DJe de 16/04/2010.)

4. Não é possível, na estreita via do habeas corpus, afastar o entendimento exarado pelas instâncias ordinárias quanto à dedicação do ora Paciente à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atividade criminosa, por demandar incabível reexame do conjunto fático-probatório. Precedentes.

[...]

9. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para alterar o regime inicial de cumprimento da pena para o semiaberto.

(HC 253.721/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe 26/08/2013)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO.PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. QUANTIDADE, NATUREZA E DIVERSIDADE DAS DROGAS.QUANTUM DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO.REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS IMPOSSIBILIDADE.PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. REGIME INICIAL FECHADO.FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NÃO CONHECIMENTO.

1. In casu, não se vislumbra ilegalidade manifesta a ser reconhecida, porquanto as instâncias ordinárias adotaram fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o quantum imposto, tendo em vista a natureza e a diversidade das drogas apreendidas - 12 invólucros de cocaína (10,81 g), 37 porções de crack (24,82 g) e 11 porções de maconha (12,33 g) - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006).

2. Concluído pela Corte de origem, com arrimo nos fatos da causa e nas circunstâncias do caso concreto, que o paciente se dedicava às atividades criminosas, 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.

3. 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 7 anos de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

4. Devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado, com base nas circunstâncias do caso concreto - apreensão de significativa quantidade e diversidade de drogas, com natureza extremamente deletéria, em local conhecido como ponto de tráfico, a denotar dedicação à narcotraficância -, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 316.403/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 14/04/2015, DJe 23/04/2015)

Quanto ao regime prisional, melhor sorte socorre ao paciente, visto que, apesar de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis, a pena-base ter sido fixada no mínimo legal e ele (o paciente) ser tecnicamente primário, o Tribunal de origem confirmou o regime fechado, sem apresentar fundamentação suficiente para tanto (e-STJ fl. 336).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

Assim, tendo em vista a quantidade de pena imposta (5 anos), a primariedade do condenado e o fato de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis, deve ser fixado o regime inicial semiaberto, a teor do contido no art. 33, § 2º, alínea "b", e § 3º, do Código Penal.

Nesse sentido, colho os seguintes precedentes desta Corte Superior:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL.NÃO-CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO.INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33. IMPOSSIBILIDADE.DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO.GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO SUMULADO DO STF E DO STJ. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

III - Na hipótese, o eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de apelação criminal, reformou a sentença condenatória para afastar a incidência do redutor do § 4º, do art. 33, da Lei n.11.343/06, e manteve o regime inicial fechado para o paciente.

IV - É razoável o afastamento da aplicação da mencionada minorante, não obstante seja o paciente primário, em virtude da diversidade das drogas com ele encontradas, bem como da dedicação à atividade criminosa, adequadamente fundamentadas no acórdão impugnado.

V - Ressalte-se, por imprescindível, que a conclusão acima expendida impede, ex vi legis, a substituição por pena restritiva de direitos, haja vista que o quantum de pena imposto inviabiliza a concessão do benefício, nos termos do art. 44, inciso I, do Código Penal.

VI - O Enunciado 440, da Súmula do STJ afirma que "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito".

VII - In casu, da análise dos fundamentos expostos pelas instâncias ordinárias, quando da realização da dosimetria da pena, verifica-se que as circunstâncias judiciais do paciente foram avaliadas de modo inteiramente favorável, bem como que se trata de indivíduo primário, razão pela qual o regime que melhor atende sua situação, nos termos do art. 33, § 2º, b e § 3º do Código Penal, é o semiaberto.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício.

(HC 311.367/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 11/06/2015, DJe 19/06/2015)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ÓBICE DA SÚMULA 691 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SUPERVENIENTE JULGAMENTO DO MÉRITO E DA APELAÇÃO.ILEGALIDADE FLAGRANTE. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PRIMARIEDADE. DELITO COMETIDO NO INTERIOR DE PRESÍDIO. FUNDAMENTO CONCRETO QUE AUTORIZA O REGIME SEMIABERTO E A NEGATIVA DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO, CONFIRMADA A LIMINAR.

1. Impetrado o habeas corpus contra indeferimento de liminar em prévio writ,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

posteriormente julgado, não seria possível, em princípio, deliberar-se sobre o mérito. Ressalva-se, contudo, a hipótese de patente ilegalidade, nos moldes do art. 654, § 2.º, do Código de Processo Penal, que disciplina a extraordinária concessão de ofício.

2. Hipótese em que as instâncias de origem não lograram motivar de maneira idônea o estabelecimento do regime inicial fechado, porquanto não declinaram fundamentos suficientes a justificar a eleição do regime mais gravoso, deixando de apreciar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelos arts. 33 e parágrafos, do Código Penal, em patente inobservância ao princípio da individualização da pena e ao art. 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988. Para a imposição de regime inicial de cumprimento de pena mais severo que o fixado em lei é necessária motivação idônea. Inteligência das súmulas n.º 718 e n.º 719 do Supremo Tribunal Federal e n.º 440 deste Superior Tribunal de Justiça. E é vedado que o Tribunal de origem, em recurso exclusivo da Defesa, agregue novos fundamentos para justificar o regime mais gravoso.

3. Invocou-se, contudo, questão concreta (o cometimento do crime no interior de presídio), que justifica a fixação do regime intermediário, bem como a negativa da substituição da pena por medidas restritivas de direitos, a despeito da sanção inferior a 4 anos.

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

(HC 312.053/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 09/06/2015, DJe 18/06/2015)

Registre-se que, diante da não alteração da condenação do paciente, a pretensão de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos fica prejudicada.

Diante do exposto, NÃO CONHEÇO do presente *habeas corpus*. Contudo, CONCEDO a ordem, de ofício, para fixar o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0258140-6

HC 338.645 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00121400749628 02577158420158217000 121400749628 21400749628
2577158420158217000 70065723371

EM MESA

JULGADO: 23/02/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

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	: EVANDRO NUNES CORREIA
CORRÉU	: AUDRYA GONZALES RODRIGUES

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 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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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