



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 389.821 - MG (2017/0041112-6)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : JOHNNY ALVES DE ARAUJO ANDRADE (PRESO)
PACIENTE : DOUGLAS MATHEUS COSTA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se 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. Precedente.

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 ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS. NÃO PREENCHIMENTO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES ILÍCITAS. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA.

1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa.

2. Revela-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição, tendo em vista que as circunstâncias do caso concreto levaram à conclusão de que os pacientes se dedicariam a atividades criminosas.

REGIME INICIAL FECHADO. PENA INFERIOR A 8 (OITO) ANOS DE RECLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE. FAVORABILIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. PRIMARIEDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ALTERAÇÃO PARA O SEMIABERTO.

Mostra-se ilegal o estabelecimento do regime inicial mais gravoso, haja vista a primariedade, a favorabilidade das circunstâncias judiciais, e as peculiaridades do caso concreto, impondo-se a alteração para o semiaberto.

REPRIMENDA RECLUSIVA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PENA DEFINITIVA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. IMPOSSIBILIDADE. BENEFÍCIO OBJETIVAMENTE INVIÁVEL.

1. A substituição da sanção reclusiva por restritivas de direito é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

possível quando se encontram preenchidos os requisitos subjetivo e objetivo previstos no art. 44 do Código Penal.

2. *In casu*, as penas foram estipuladas em patamar superior a quatro anos de reclusão, o que impede a conversão das reprimendas em restritiva de direitos, por não restar atendido o requisito objetivo previsto no art. 44, inciso I, do CP.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de estabelecer o regime inicial semiaberto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, 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, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 08 de agosto de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 389.821 - MG (2017/0041112-6)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : JOHNNY ALVES DE ARAUJO ANDRADE (PRESO)
PACIENTE : DOUGLAS MATHEUS COSTA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de JOHNNY ALVES DE ARAUJO ANDRADE e DOUGLAS MATHEUS COSTA contra acórdão proferido pela 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que negou provimento à Apelação n. 1.0024.15.095577-1/001, para manter sua condenação às penas de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa - o primeiro paciente -, e 7 (sete) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 1 (um) ano de detenção, em regime inicial aberto, mais multa - o segundo paciente, pela prática do crime descrito no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, e dos delitos previstos nos arts. 12 e 15, ambos da Lei n. 10.826/03 - apenas o segundo paciente.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, sob o argumento de que, ante o preenchimento dos requisitos legais, deveria ser aplicada a causa de diminuição especial prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas em seu grau máximo, não havendo provas de que os pacientes se dedicariam a atividades criminosas.

Alegam que o regime inicial fechado teria sido estabelecido com fundamento inidôneo, uma vez que baseado no envolvimento dos acusados em organização criminosa, o que não teria sido comprovado, razão pela qual seria devido o abrandamento do modo prisional, em conformidade com os Enunciados Sumulares 718 e 719 da Suprema Corte.

Entendem que, operado o redimensionamento nas penas, seria devida a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Requerem a concessão da ordem constitucional para que seja redimensionada a pena, mitigado o regime inicial, e substituída a pena privativa pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 389.821 - MG (2017/0041112-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105 da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME. PENA INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. RAZOÁVEL QUANTIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. NEGATIVA EM VIRTUDE DA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. SUSPENSÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 2 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. 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.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 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.

3. Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta é necessário fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos.

4. Considerando que a pena foi fixada em 3 anos e 4 meses de reclusão, pela primariedade do acusado e a análise favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal, mas, por outro lado, tendo em vista a não aplicação da minorante no patamar máximo de 2/3, em razão da quantidade da droga apreendida, deve ser fixado o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

5. Quanto à substituição, verifica-se que a quantidade da droga



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apreendida foi sopesada negativamente, o que obsta o benefício.

6. Não há se falar em suspensão da pena, tendo em vista que a sanção foi fixada acima de 2 anos.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto.

(HC 395.606/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/06/2017, DJe 13/06/2017)

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Infere-se dos autos que os pacientes foram condenados às penas de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa - o primeiro paciente -, e 7 (sete) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 1 (um) ano de detenção, em regime inicial aberto, mais multa - o segundo paciente, pela prática do crime descrito no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, e dos delitos previstos nos arts. 12 e 15, ambos da Lei n. 10.826/03 - estes dois últimos, apenas o segundo paciente, porque:

"Consta do incluso inquérito policial, que no dia 07 de abril de 2015, por volta das 01:19 horas, na Rua São Pedro, altura do nº 575, no Bairro São Tomáz, durante operação de combate ao tráfico de drogas, policiais militares, ouviram vozes vindo da laje de um barracão, momento em que resolveram monitorar o local e visualizaram cerca de sete indivíduos, sendo que um deles, exibia 01 (uma) arma de fogo, e efetuou 02 (dois) disparos, sendo posteriormente identificado como DOUGLAS MATHEUS COSTA.

Durante o monitoramento, outro indivíduo, identificado em momento posterior como sendo FERNANDO MARQUES DOS SANTOS, saiu no portão do barracão e foi abordado, momento em que também saíram outros dois indivíduos, que se assustaram com a presença policial e tentaram retornar para dentro do imóvel, onde um deles foi identificado como JOHNNY ALVES DE ARAÚJO ANDRADE, e abordado ainda fora do barracão.

Assim que o outro indivíduo retornou para o imóvel, foi possível ouvir uma correria do interior do barracão, e do portão, os militares visualizaram DOUGLAS com 01 (uma) arma de fogo nas mãos, e após correr para um quarto do imóvel, foi abordado e arrecadado em sua posse, 01 (uma) arma de fogo calibre 38, carregado com 02 (dois) cartuchos intactos, conforme auto de apreensão de fls. 20.

Dentro da residência, também foi abordado RENAN



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MARTAN DOS SANTOS, tentando evadir pela laje, sendo que um dos indivíduos que conseguiu fugir do local, foi reconhecido como sendo o menor Kevin Magalhães Albuquerque.

Durante buscas na residência onde os envolvidos estavam, foi localizada outra arma de fogo, tipo revólver, calibre 32; aproximadamente 16,00g (dezesseis gramas) de cloridrato de cocaína, acondicionados em 14 (quatorze) invólucros plásticos; aproximadamente 64,00g (sessenta e quatro gramas) da substância Cannabis sativa L. (maconha), acondicionadas em 14 (quatorze) "buchas" e 01 (uma) porção; e a quantia de R\$332,00 (trezentos e trinta e dois reais) em dinheiro, conforme auto de apreensão de fls. 20 e laudo toxicológico preliminar de fls. 21." (e-STJ fls. 10/11)

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de origem, o qual lhe negou provimento, mantendo os termos do édito condenatório.

Foram opostos embargos declaratórios que não foram acolhidos.

No que diz respeito à suposta ilegalidade decorrente da não aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, verifica-se que o Tribunal *a quo* manteve o entendimento de que seria inviável o reconhecimento da benesse em favor dos pacientes, nos seguintes termos:

"Outrossim, nenhum dos apelantes faz jus à aplicação da minorante de pena prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/06. Dispõe o citado dispositivo legal: "Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa". Com efeito, o legislador, ao inserir o referido § 4º, no artigo 33 da Lei 11.343/06, quis privilegiar, no sentido estrito da palavra, aquele traficante "marinheiro de primeira viagem", visando, nitidamente, a permitir que pessoas nessas condições não sofressem suas rigorosas sanções, destinando estas aos chamados "grandes traficantes de droga".

No presente caso, todos os apelantes admitiram haver ingressado no submundo do crime, desde a menoridade, situação que perdurou, inclusive, até pouco antes dos fatos em apuração nestes autos. Além disso, conforme relataram os policiais militares, todos os réus são conhecidos pelo envolvimento com o tráfico de drogas e disputas pelo domínio do tráfico na região dos fatos. O apelante Douglas, inclusive, ficou conhecido por sua notória periculosidade,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vangloriando-se da autoria do homicídio de um traficante rival de prenome Diego.

O apelante Fernando, por sua vez, foi vítima, pouco antes dos fatos, de uma tentativa de homicídio decorrente da guerra do tráfico, sendo alvejado por dez disparos, porém, mesmo assim, não refreou seu envolvimento com a atividade delituosa, aliando-se ao apelante Douglas na prática da mercancia ilícita.

Nesse contexto, a despeito de tecnicamente primários, nenhum dos apelantes faz jus à minorante do §4º do art 33 da Lei 11.343/06, porquanto evidenciado que todos eles se dedicam a atividade criminosa do tráfico, havendo, inclusive, fortes indícios de que participam ativamente da guerra pelo domínio do tráfico na comunidade em que vivem ." (e-STJ fl. 508).

Sabe-se que o § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 dispõe que para o crime de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparadas as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) **não se dedique às atividades criminosas**; e d) não integre organização criminosa.

No caso dos autos, a Corte *a quo*, constatando que os pacientes **dedicavam-se a atividades ilícitas**, fundamentadamente afastou a aplicação da causa especial de diminuição de pena, haja vista o não preenchimento dos requisitos legais.

Quanto ao primeiro paciente, de acordo com os depoimentos prestados pelos policiais em juízo, há registros de que estaria envolvido no tráfico de drogas naquela região, e seria conhecido pelos demais milicianos, pelas várias ocorrências em que teria sido preso por tráfico, quando menor, sendo que ele próprio, admitiu, em juízo, que teria participado do tráfico quando à época, e que teria sido desligado de medida socioeducativa há poucos dias, o que indicaria seu retorno às atividades ilícitas e o insucesso em sua ressocialização (e-STJ fls. 493, 502 e 504).

Quanto ao segundo paciente, a prática habitual restou evidenciada, especialmente, por seu depoimento em juízo, quando declarou, de forma direta, que comercializava drogas, afirmando fazê-lo há uns três anos, o que, aliado as demais provas carreadas nos autos indica sua habitualidade criminosa (e-STJ fls. 496 e 502).

Desta forma, não se pode dizer que o Tribunal de origem incidiu em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constrangimento ilegal, pois, entendendo que os pacientes não satisfaziam às exigências para a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, rechaçou a sua incidência *in casu*.

Nesse diapasão:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CULPABILIDADE E QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DO DELITO. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. INAPLICABILIDADE. REEXAME DE PROVAS. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). QUANTUM DA REPRIMENDA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

5. Não há *bis in idem* quando as instâncias antecedentes, embora tenham sopesado a quantidade e a natureza da droga na primeira e na terceira etapa da dosimetria, concluíram motivadamente pelo envolvimento do paciente com organização criminosa, com base nas circunstâncias fáticas do delito.

6. Hipótese em que o juízo sentenciante afastou, motivadamente, o redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, por entender que o paciente tinha envolvimento com o crime organizado, não só pela quantidade e pela natureza da droga apreendida (276kg de maconha), mas também pelas circunstâncias fáticas do caso concreto.

7. Concluído pelas instâncias antecedentes, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito, assim como nos demais elementos colhidos na instrução, que o paciente integra organização criminosa, a modificação desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. Precedentes.

[...]

11. Habeas corpus não conhecido.

(HC 322.351/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 21/09/2016)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. FALTA DE CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). AFASTAMENTO DA MINORANTE COM FUNDAMENTO EM ELEMENTOS FÁTICOS DE QUE O PACIENTE, AINDA QUE POR POUCO TEMPO, INTEGROU



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CONCLUSÃO EM SENTIDO INVERSO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. COAÇÃO ILEGAL EVIDENCIADA.

1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não têm mais admitido a utilização do habeas corpus como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso, seja a revisão criminal, salvo em situações excepcionais.

2. Do contexto dos autos, verifica-se que a Corte de origem deixou de aplicar a minorante da Lei de Drogas por entender que o paciente, de certa forma e, ainda que por pouco tempo, integrou organização criminosa. Por essas razões, não há como considerar que incidiu em constrangimento ilegal, uma vez que apontou elementos concretos para não aplicar o referido redutor. Além do que, decidir de forma contrária implicaria reexame do conjunto fático-probatório, incabível na via estreita do habeas corpus.

3. Não há como proceder à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ante a ausência do requisito objetivo, qual seja, pena inferior a 4 anos, visto que ao paciente foi aplicada pena de 6 anos de reclusão.

4. Estabelecido o regime inicial fechado pela prática do crime de tráfico de drogas com base na vedação legal e em fundamentos vagos e abstratos (quantidade e intensidade da sanção penal), constata-se a ocorrência de evidente constrangimento ilegal imposto ao réu, o que não é permitido por esta Corte.

5. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício, tão somente para estabelecer o regime inicial semiaberto ao paciente.

(HC 344.393/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 07/04/2016, DJe 20/04/2016)

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. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE FATOS. INCABÍVEL. INOVAÇÃO NOS FUNDAMENTOS PELA CORTE DE ORIGEM EM RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. POSSIBILIDADE. PROFUNDIDADE DO EFEITO DEVOLUTIVO. NÃO OCORRÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DA DROGA APREENDIDA. MODO FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. WRIT NÃO CONHECIDO. 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. Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 integrarem organização criminosa. 3. Concluído pelas instâncias antecedentes, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito e no registro de outras condenações não definitivas, que o paciente se dedica a atividades criminosas, a modificação desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. Precedentes.

4. A existência de outros processos criminais, pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), podem afastar a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando permitirem concluir que o agente se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa.

5. O princípio do non reformatio in pejus não obsta que o Tribunal de origem, exercendo sua soberania para dizer o direito, encontre nova fundamentação para manter afastada a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, desde que respeitada a imputação deduzida pelo órgão de acusação e o limite da pena imposta no Juízo de origem.

6. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, também o art. 42 da Lei de Drogas. 7. Embora o paciente seja tecnicamente primário e a pena aplicada seja de 6 anos de reclusão, revela-se adequado o regime inicial fechado para o cumprimento da pena reclusiva, diante da quantidade, da natureza e da variedade de droga apreendida (8 porções de maconha, pesando 2,900 kg e 8 porções de cocaína, pesando 16g), conforme assentado no acórdão impugnado (art. 33, § 3º, do Código Penal c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

8. Habeas corpus não conhecido.

(HC 386.940/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 23/03/2017)

No que concerne ao regime inicial, verifica-se que o fechado foi mantido pelo Tribunal impugnado, sob o seguinte fundamento:

"No tocante à pena de reclusão, não obstante seja inferior a oito anos e os apelantes sejam tecnicamente primários, considerando-se as provas de que eles se dedicam a atividade criminosa do tráfico, o regime prisional fechado se mostra necessário para a expiação do crime cometido, meio de neutralização da atividade criminosa potencial e, ainda, ensejo para recuperação social dos apelantes."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(e-STJ fl. 514)

Da leitura do excerto acima transcrito, constata-se que a Corte estadual manteve o modo fechado com base nas evidências de que os pacientes se dedicam às atividades criminosas, contudo tal fundamento não se mostra adequado, tendo em vista sua primariedade, a favorabilidade das circunstâncias judiciais e a quantidade de droga apreendida que não se mostra exorbitante - 16 g de cocaína e 64 g de maconha (e-STJ fl.478)-, sendo proporcional a fixação do modo semiaberto, nos termos do art. 33 do CP.

Nesse diapasão:

AGRAVO REGIMENTAL. INCONFORMISMO MINISTERIAL. HABEAS CORPUS CONCEDIDO PARA FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. ADEQUAÇÃO E PROPORCIONALIDADE DA MEDIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A fixação do regime semiaberto a pena compreendida entre 4 e 8 anos a paciente primário se mostra suficiente e adequado a repressão do crime de tráfico de entorpecentes não se justificando a imposição do regime mais gravoso somente em virtude da gravidade abstrata do delito ou norma legal declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 266.420/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 24/02/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. PEDIDO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE.

SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE.

MONTANTE DA PENA QUE NÃO PERMITE O BENEFÍCIO. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS E PRIMARIEDADE QUE ENSEJAM O REGIME INICIAL SEMIABERTO.

CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. - 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- Nos termos do art. 33, § 4º, 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 organização criminosa. Contudo, na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução retromencionada, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem, juntamente com as circunstâncias do delito, a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. Precedentes.

- Hipótese em que inexistente ilegalidade quando da não aplicação do privilégio, pois a Corte local apontou a dedicação do paciente às atividades ilícitas, destacando a quantidade elevada do entorpecente apreendido e as circunstâncias em que o delito ocorreu. Modificar tal conclusão requer o revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus. Precedentes.

- Mantida a condenação em patamar superior a 4 anos, resulta inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44, I, do CP. - O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 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.

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

- Hipótese em que, considerando o montante da pena de 5 anos de reclusão, a primariedade do acusado e a quantidade não muito elevada da droga apreendida, deve ser fixado, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006, o regime semiaberto para início de cumprimento da pena. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para modificar o regime de cumprimento da pena para o inicial semiaberto, mantidos os demais termos da condenação. (HC 386.598/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/05/2017, DJe 22/05/2017)

Em relação à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não há falar em constrangimento ilegal a ser sanado através da via eleita, pois as penas restaram estabelecidas definitivamente em patamar superior a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4 (quatro) anos, pelo que inviável a permuta, visto que não preenchido o requisito objetivo exigido pelo art. 44 do CP.

Nesse norte, os seguintes precedentes, deste Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO FIXADA EM 1/6. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA QUE JUSTIFICAM A FRAÇÃO UTILIZADA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo 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 e natureza da droga apreendida.

*- **Tendo em vista o não redimensionamento da pena e mantido o patamar acima de 4 anos, o paciente não faz jus ao regime aberto, conforme disposições do art. 33, § 2º, do Código Penal.***

- 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.

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 336.468/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 19/04/2016)

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, **não se conhece** do writ, **concedendo-se, contudo, habeas corpus de ofício**, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, **a fim de** estabelecer o regime inicial semiaberto.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0041112-6

HC 389.821 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0024150955771 09557710420158130024 10000150614758000 10024150955771001
24150955771 9557710420158130024

EM MESA

JULGADO: 08/08/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE	: JOHNNY ALVES DE ARAUJO ANDRADE (PRESO)
PACIENTE	: DOUGLAS MATHEUS COSTA (PRESO)
CORRÉU	: RENAN MARTAN DOS SANTOS
CORRÉU	: FERNANDO MARQUES DOS SANTOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Associação para a Produção e Tráfico 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, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.