



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 357.520 - RS (2016/0137531-8)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
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 : RENAN LUIS FRANCO DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO INDICATIVAS DA DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS (ART. 44, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL). CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

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, ante as alegações expostas na inicial, afigura-se razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. A aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 depende do convencimento do Magistrado de que o apenado, primário e de bons antecedentes, não se dedique às atividades delituosas nem integre organização criminosa.

3. A reforma do entendimento das instâncias ordinárias quanto à dedicação do apenado à atividade criminosa constitui matéria que refoge ao restrito escopo do *habeas corpus*, porquanto demanda percuciente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

4. O STF, no julgamento do HC n. 111.840/ES, declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2.º 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. Assim, o regime prisional deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do Código Penal – CP.

Firmou-se neste Tribunal a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ou em outra situação que demonstre efetivamente um plus na gravidade do delito.

No caso dos autos, as instâncias ordinárias fixaram a pena-base acima do mínimo legal, em razão da existência de circunstância judicial desfavorável. Muito embora a reprimenda total tenha sido estabelecida em 6 (seis) anos de reclusão, o regime inicial fechado foi fixado a partir de motivação concreta extraída dos autos, exatamente nos termos do que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/06.

5. O entendimento consignado pelo Tribunal de origem quanto à negativa de substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, ante a ausência de preenchimento dos requisitos previstos no art. 44, inciso I, do Código Penal, está em consonância com a jurisprudência desta Corte.

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

Brasília (DF), 09 de maio de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 357.520 - RS (2016/0137531-8)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
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 : RENAN LUIS FRANCO DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de RENAN LUIS FRANCO DA SILVA, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Apelação n. 0004406-98.2016.8.21.7000).

Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 9 anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática dos delitos tipificados nos arts. 33, *caput*, e 35, ambos da Lei n. 11.343/06 (tráfico de drogas e associação para o tráfico).

No julgamento da apelação interposta pela defesa, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso para absolver o paciente da imputação do crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006. Eis a ementa do julgado:

TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO. PROVA. DECLARAÇÕES POLICIAIS. PROPÓSITO DE COMÉRCIO CONFIGURADO. APENAMENTO.

Observado o sistema do livre convencimento, o testemunho de agente policial constitui elemento apto à valoração pelo juiz, afigurando-se inaceitável que, valendo-se o estado de servidores públicos para prevenção, repressão e investigação das atividades delituosas, seja negada credibilidade a tais agentes, na oportunidade em que vêm a juízo informar o que ocorreu por ocasião do desempenho de suas atividades.

A infração de que trata a regra contida no art. 33, caput, da Lei nº 11343/2006, não é caracterizada pela venda, tão-somente, resultando incriminadas diversas outras condutas, como a de simplesmente ter em depósito a substância entorpecente, desde que com o propósito de mercancia, desimportando tenha o agente efetivado - ou não - o comércio, mostrando-se suficiente, para tanto, que a prova produzida evidencie tal intento, presente quando o réu, abordado em virtude de denúncia, dispunha de significativa quantidade de droga (uma pedra de crack, pesando, aproximadamente, 29,8 gramas).

Condenação mantida. Apenamento adequado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Deficiência probatória acerca da associação para o tráfico.
Sentença reformada em parte.*

APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA (fl. 496).

No presente *writ*, a impetrante sustenta que [...] *preenchidos os requisitos para a aplicação da redutora do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, deve ser reduzida a pena do paciente, no seu patamar máximo, sob pena de negativa de vigência a este dispositivo* (fl. 2).

Assevera que o col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a vedação legal contida no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, de modo que [...] *o regime inicial nas condenações por crimes hediondos ou equiparados não tem que de ser obrigatoriamente o fechado, podendo ser o regime semiaberto ou aberto, desde que presentes os requisitos do art. 33, § 2º, alíneas b e c, do Código Penal* (fl. 5).

Sustenta, por fim, a necessidade de [...] *substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito, conforme preceitua o art. 44, e seus incisos, do Código Penal* (fl. 5).

Requer, assim, a concessão da ordem para [...] *cassar o acórdão proferido pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, de modo a aplicar a redução da pena no seu patamar máximo, com base no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, conceder o regime de cumprimento de pena aberto ao ora paciente RENAN LUIS FRANCO DA SILVA, bem como substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos* [...] (fl. 6)

O pedido liminar foi indeferido (fls. 515/516).

Informações prestadas pelas instâncias ordinárias (fls. 527/545).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem de *habeas corpus* (fls. 549/553).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 357.520 - RS (2016/0137531-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, o reconhecimento da figura do tráfico privilegiado e a fixação do regime inicial aberto, com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O Tribunal de Justiça estadual, ao retificar o decreto condenatório, aplicou a pena e fixou o regime prisional, sob a seguinte fundamentação:

[...]

*Por outro turno, relativamente ao apenamento do tráfico de drogas, embora contemple a decisão hostilizada inadequada valoração dos vetores atinentes à conduta social e à culpabilidade, **quantidade e natureza nociva da droga apreendida (crack) justificam a pena base no patamar estabelecido na sentença (seis anos de reclusão), resultando definitiva a sanção carcerária nesse montante, não merecendo reparos a decisão, no particular.***

*De outra banda, no que diz com a pretendida aplicação da minorante de que trata o artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, não merece amparo a pretensão defensiva, porquanto, como visto, **o acusado ostenta condenação recorrível pela prática anterior do crime de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (processo nº 2.12.0064295-1), o que está a indicar dedicação às atividades criminosas, merecendo registro, aqui, a circunstância consistente em que os antecedentes impeditivos da redução de pena contemplada no precitado dispositivo legal, diversamente daqueles considerados nas circunstâncias judiciais de fixação da pena, incluem os atinentes a processos outros, adquiridos antes da prolação da sentença, mormente quando, repise-se, indicam dedicação à atividade delituosa, impeditiva da observância da minorante em questão.***

*Mais, afastada a causa de diminuição, resta prejudicada a pretensão de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois ultrapassa o **quantum** que enseja a adoção de tal providência, bem assim a de alteração do **regime prisional, sendo***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mantido o fechado, considerando-se o quantum do apenamento, a preponderância de quantidade e natureza da droga (artigo 42 da Lei nº 11.343/2006) e a regra posta no art. 33, § 3º, do Código Penal.
[...] (fls. 503/504).

Conforme entendimento pacificado nesta Corte Superior, a aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 depende do convencimento do Magistrado de que o apenado, primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades delituosas nem integre organização criminosa.

In casu, a Corte estadual entendeu pela inaplicabilidade do dispositivo, ante a constatação de que o paciente se dedicava à atividade criminosa, tendo em vista que o acusado ostenta condenação recorrível pela prática anterior do crime de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (Processo n. 2.12.0064295-1), o que indica dedicação a atividades criminosas.

Nesse sentido, vejam-se os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. MAUS ANTECEDENTES. PROCESSO EM CURSO. SÚMULA 444/STJ. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE OSTENTA OUTRA CONDENAÇÃO, SEM TRÂNSITO EM JULGADO, POR CRIME DA MESMA NATUREZA. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. ORDEM NÃO CONHECIDA. WRIT CONCEDIDO 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.

[...]

4. Nos termos 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 integrarem organizações criminosas.

5. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

STJ), podem afastar a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando permitem concluir que o agente se dedica a atividades criminosas, como, no caso em apreço, no qual há registro de outra condenação também pelo crime de tráfico de drogas em desfavor do paciente. Precedentes.

[...]

7. É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante do quantum da sanção aplicada, na forma do art. 44, I, do Código Penal.

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para afastar a valoração negativa de processos em curso, na primeira fase da dosimetria, nos termos da Súmula n. 444/STJ, tornando a pena definitiva do paciente em 5 anos de reclusão mais o pagamento de 500 dias-multa (HC 364.765/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 19/12/2016)

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÕES ANTERIORES SEM TRÂNSITO EM JULGADO, QUE CONSTITUEM FATOR IMPEDITIVO PARA O RECONHECIMENTO DA MINORANTE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - **Com efeito, esta Corte tem se posicionado no sentido de considerar a condenação anterior, ainda que não transitada em julgado, aliada à natureza e à quantidade da droga, como fator impeditivo para o reconhecimento da minorante, por evidenciar a dedicação a atividade criminosa, óbice previsto no § 4º do referido preceito de regência.** (Precedentes).

Habeas Corpus não conhecido (HC 367.486/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 03/11/2016).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO NA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. NÃO APLICAÇÃO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. INVERSÃO DO JULGADO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- 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 Corte de origem entendeu que o paciente não preenchia os requisitos necessários para a aplicação da causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Rever esse entendimento demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável em sede de habeas corpus.**

[...]

- Habeas corpus não conhecido (HC 349.198/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 30/03/2016).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, III. NÃO CONFIGURAÇÃO. EFETIVA COMERCIALIZAÇÃO DOS ENTORPECENTES NO LOCAL. NECESSIDADE. REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. REGIME FECHADO. ADEQUAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. Concluído pela Corte de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava às atividades criminosas, fazendo do narcotráfico seu meio de vida, 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.

[...]

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a reprimenda do paciente para 6 anos e 8 meses de reclusão e 666 dias-multa, mantido o regime inicial fechado (HC 347.078/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 10/03/2016).

PROCESSO PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO QUE NÃO CONHECEU DO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. MUDANÇA DE REGIME E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INVIÁVEL. MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO. PEDIDOS PREJUDICADOS. AGRAVO REGIMENTAL



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IMPROVIDO.

1. É necessário destacar que a via estreita do habeas corpus não admite o revolvimento fático-probatório, cabendo às instâncias ordinárias tal mister pela via processual regular.

2. **A aplicação do disposto no §4º, art. 33, Lei de Drogas, pressupõe que o agente, dentre outros requisitos, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa. Constatado envolvimento delitivo anterior e/ou a participação em associação ou organização criminosa, inviável a aplicação do fator redutor.**

[...]

4. Agravo regimental improvido (AgRg no HC 305.823/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 23/02/2017).

A reforma do entendimento das instâncias ordinárias quanto à dedicação do paciente às atividades criminosas constitui matéria que refoge ao restrito escopo do *habeas corpus*, porquanto demanda percutiente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito. Confira-se, a propósito, o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. QUALIFICAÇÃO DE TESTEMUNHA MANTIDA SOB SIGILO, PERMITIDA SUA DIVULGAÇÃO APENAS AO ADVOGADO DOS ACUSADOS, JUIZ E PROMOTOR. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. CONDENAÇÃO BASEADA EM OUTRAS PROVAS, COLHIDAS SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PENA MAIOR QUE QUATRO ANOS. HABEAS CORPUS DENEGADO.

[...]

3. **Inaplicável a causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006 na hipótese, na medida em que, conforme consignado pela sentença condenatória, mantida pelo acórdão de apelação impugnado, o Paciente não preenche os requisitos legais, tendo em vista se dedicar à atividade criminosa. E, não é possível, na estreita via do habeas corpus, rever a conclusão exarada pela instância ordinária, por demandar incabível reexame do conjunto fático-probatório. Precedentes.**

[...]

5. Habeas corpus denegado (HC 206.142/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 23/4/2013).

Desse modo, não se vislumbra a existência de constrangimento ilegal pela não aplicação da causa de diminuição pretendida pela impetrante.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No tocante ao regime prisional, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, 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. Assim, o regime prisional, nesses casos, deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do CP.

Por outro lado, firmou-se neste Tribunal a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do CP ou em outra situação que demonstre efetivamente um plus na gravidade do delito. Nesse sentido, foi elaborado o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, bem como os enunciados n.718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. Confira-se:

Súmula 440/STJ: "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."

Súmula 718/STF: "A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada."

Súmula 719/STF: "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."

No caso dos autos, os fragmentos acima transcritos revelam que o Tribunal de origem fixou a pena-base acima do mínimo legal em razão da existência de circunstância judicial desfavorável. Muito embora a reprimenda total tenha sido estabelecida em patamar superior a 4 (quatro) e inferior a 8 (oito) anos de reclusão, estabeleceu o regime inicial fechado, a partir de motivação concreta extraída dos autos, exatamente nos termos do que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/06. Inaplicável, portanto, os enunciados n. 440 do STJ e n. 718 do STF.

Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte:

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO
ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO DUPLAMENTE
CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. ARMA DE FOGO*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONSIDERADA COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. CAUSA DE AUMENTO DESLOCADA PARA A PRIMEIRA FASE. POSSIBILIDADE. AUMENTO NA TERCEIRA FASE NO MÍNIMO DE 1/3. MAJORANTE DO CONCURSO DE PESSOAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

5. 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 ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo. **In casu, a fixação do regime prisional mais severo levou em consideração a pena imposta de 8 anos e a presença de circunstância judicial desfavorável, com a imposição da pena-base acima do mínimo legal, exatamente nos termos do que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.**

Habeas corpus não conhecido (HC 298.127/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe 28/04/2016)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA DO ARTIGOS 33, §2º E §3º, DO CÓDIGO PENAL E 42 DA LEI N. 11.343/2006. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

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), à paciente, condenada à pena inferior a 8 (oito) anos, primária, ostentando condições judiciais desfavoráveis, nos termos da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, §§ 2º e 3º, ambos do Código Penal e art. 42 da Lei 11.343/2006, o que afasta a alegação de qualquer ilegalidade.

Habeas corpus não conhecido, revogada a liminar anteriormente deferida (HC 340.833/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 28/03/2016).

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DA LEI N.º 11.343/06. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. MOTIVOS DIVERSOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL SEMIABERTO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

[...]

6. É assente neste Tribunal Superior que para os casos em que o agente tenha sido condenado a pena inferior a quatro anos de reclusão (in casu, 2 anos, 1 mês e 20 dias de reclusão) e presentes circunstâncias judiciais desfavoráveis idôneas à elevação da pena-base acima do mínimo legal, aplica-se o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena, em observância ao artigo 33, parágrafos 2º e 3º, do Código Penal.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena imposta ao paciente para 2 anos, 1 mês e 20 dias de reclusão e 200 dias-multa (HC 362.559/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 12/09/2016).

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. FURTO QUALIFICADO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. ANTECEDENTES. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. CRIME CONTINUADO. FRAÇÃO. NÚMERO DE INFRAÇÕES NÃO INDICADO. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. REDUÇÃO AO PATAMAR MÍNIMO. REGIME INICIAL ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

5. Para a escolha do regime prisional, devem ser observadas as diretrizes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal, além dos dados fáticos da conduta delitiva que, se demonstrarem a gravidade concreta do crime, poderão ser invocados pelo julgador para a imposição de regime mais gravoso do que o permitido pelo quantum da pena.

6. Ante a quantidade de pena - não excedente a 4 anos - e o registro de circunstância judicial negativa sopesada na primeira fase da dosimetria - maus antecedentes -, revela-se correta a fixação do regime inicial semiaberto à paciente, a teor do art. 33, § 3º, do Código Penal.

7. Embora a paciente haja sido condenada a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis - maus antecedentes - é elemento que afasta a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir para 1/6 a fração de aumento da reprimenda pela continuidade delitiva (HC 349.154/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 28/04/2016).

Por fim, não merece reparos o entendimento consignado pelo Tribunal *a quo* quanto à negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que o sentenciado não preenche o requisito de ordem objetiva previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0137531-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 357.520 / RS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00010396020148210073 00044069820168217000 00255659120148210073
02379852420148217000 07321400004771 07321400066580 10396020148210073
2379852420148217000 255659120148210073 44069820168217000 70060454220
70067942128 7321400004771 7321400066580

EM MESA

JULGADO: 09/05/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO 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 : RENAN LUIS FRANCO DA SILVA (PRESO)
CORRÉU : ANDREIA APARECIDA MACIEL LEMOS

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."

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