



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.201 - RS (2015/0253489-4)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
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 : ISMAEL DA SILVA LEONCIO

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. Precedentes.

2. Contudo, 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. ABSOLVIÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ARTIGO 28 DA LEI N. 11.343/2006. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO *MANDAMUS*. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DO ACÓRDÃO QUE MANTEVE A SENTENÇA CONDENATÓRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.

1. A pretendida absolvição ou desclassificação da conduta imputada ao paciente para a infração penal prevista no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 são questões que demandam aprofundada análise do conjunto probatório produzido em juízo, providência vedada na via estreita do remédio constitucional.

2. No processo penal brasileiro, vigora o princípio do livre convencimento motivado, em que o julgador, desde que de forma fundamentada, pode decidir pela condenação, não se admitindo no âmbito do *habeas corpus* a reanálise dos motivos pelos quais as instâncias ordinárias formaram convicção pela prolação de decisão repressiva em desfavor do acusado.

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. AFASTAMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA.

1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 levaram à conclusão de que o paciente se dedicaria a atividades criminosas.

REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. A teor da jurisprudência reiterada deste Sodalício, a escolha do regime prisional inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao total da pena firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso versado.

2. Com efeito, não é possível constatar flagrante ilegalidade na imposição do regime inicial fechado ao paciente, pois, embora a sua pena tenha sido fixada em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, a existência de circunstância judicial desfavorável, indica que o modo mais gravoso de execução mostra-se adequado na espécie.

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

2. *In casu*, a pena foi estipulada em patamar superior a quatro anos, impedindo a conversão da reprimenda em restritiva de direitos, por não restar atendido o requisito objetivo previsto no art. 44, inciso I do CP.

3. *Habeas Corpus* não conhecido.

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.

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

Brasília (DF), 12 de abril de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.201 - RS (2015/0253489-4)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
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 : ISMAEL DA SILVA LEONCIO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de ISMAEL DA SILVA LEONCIO contra acórdão proferido pela Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que no julgamento da Apelação n. 70051024271, negou provimento ao recurso defensivo, e parcialmente proveu o apelo ministerial a fim de exasperar a reprimenda para 7 (sete) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, como incurso na sanção do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que deveria ter havido a absolvição do paciente ou, ao menos, a desclassificação da conduta para a prevista no art. 28 da Lei de Drogas, haja vista a pequena quantidade de substância apreendida, bem como o fato de que não teriam sido comprovados atos de mercancia.

Aduz que deveria ser aplicada a minorante prevista no § 4º, do art. 33, da referida Lei, porquanto o paciente não possuiria antecedentes criminais e não haveria nos autos prova de que se dedicasse a atividades delituosas ou integrasse organização criminosa, ressaltando que o *quantum* de entorpecente encontrado não poderia levar à conclusão de que se dedicaria ao cometimento de ilícitos.

Defende que o Supremo Tribunal Federal teria declarado inconstitucional a obrigatoriedade da fixação de regime inicial fechado aos condenados por crime hediondo e equiparados, de modo que, nos termos do art. 33, § 2º, alínea *b*, do Código Penal, seria cabível o modo intermediário.

Afirma ser possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, devido a Resolução nº 05/12 do Senado Federal, que suspendeu a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

expressão final do § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas.

Requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem constitucional a fim de que o paciente seja absolvido ou desclassificada a conduta para a do art. 28 da Lei de Drogas. Alternativamente, pugna pela aplicação do redutor, no grau máximo, abrandamento do regime inicial e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.201 - RS (2015/0253489-4)

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:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA DEMONSTRADA. ACUSADO FORAGIDO. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL.

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, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em se concede a ordem de ofício.

(...)

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 302.771/PI, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 11/11/2014, DJe 19/11/2014)

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 o paciente foi condenado à pena de 4 (quatro) anos, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, porque:

"No dia 13 de novembro de 2010, por volta das 02h20min, na Rua Bento Gonçalves, na via pública, nas imediações do prédio nº 404, Parada 70, Bairro São Geraldo, em Gravatal/RS, o denunciado ISMAEL, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, trazia consigo, para vender a terceiros, aproximadamente, 120 g (cento e vinte gramas) de 'crack', substância



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entorpecente, que causa dependência física e psíquica"
(e-STJ fl. 290).

Inconformados, a defesa e o Ministério Público interpuseram apelação perante o Tribunal de origem, o qual negou provimento ao recurso defensivo e, parcialmente, proveu o apelo ministerial a fim de, afastado o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, exasperar a reprimenda para 7 (sete) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, mantidos os demais termos do édito condenatório.

Inicialmente, no que diz respeito ao pleito de desclassificação da conduta para o delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/06 ou de absolvição, cumpre destacar que a jurisprudência desta Corte Superior é pacífica em relação à impossibilidade de realização, através da restrita via eleita do pretendido se, como na hipótese vertente, existirem elementos probatórios indicativos da prática do ilícito descrito na exordial acusatória, dada a impossibilidade de se proceder à análise do parâmetro probatório, em indevida substituição à instância ordinária, soberana no conhecimento dos fatos e no julgamento.

Assim, para se negar a existência dos elementos essenciais do tipo penal imputado, seria necessária a análise aprofundada de matéria fático-probatória, o que é vedado na via estreita do remédio constitucional.

Nesse sentido:

PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. HABEAS CORPUS IMPETRADO COM O FIM DE DESCLASSIFICAR A CONDUTA DO PACIENTE. REVOLVIMENTO MATERIAL FÁTICO/PROBATÓRIO COLHIDO NA AÇÃO PENAL. VIA INADEQUADA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O habeas corpus, diante de sua natureza mandamental, não se presta a resolver questão que demanda revolvimento de material/fático probatório.

2. No caso, o pedido de desclassificação da conduta tipificada no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas), para o crime previsto no art. 28 do mesmo diploma legal (posse de substância entorpecente para uso próprio), necessita do reexame do contexto probatório apreciado pelas instâncias ordinárias, o que é vedado no habeas corpus.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 319.357/BA, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 09/06/2015, DJe 17/06/2015)

CONSTITUCIONAL. PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS (LEI N. 11.343/2006, ART. 33). DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE POSSE DE DROGAS PARA USO PESSOAL (ART. 28). IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

01. Prescreve a Constituição da República que o habeas corpus será concedido "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder" (art. 5º, inc. LXVIII). O Código de Processo Penal impõe aos juízes e aos tribunais que expeçam, "de ofício, ordem de habeas corpus, quando, no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal" (art. 654, § 2º).

Desses preceptivos infere-se que no habeas corpus devem ser conhecidas quaisquer questões de fato e de direito relacionadas a constrangimento ou ameaça de constrangimento à liberdade individual de locomoção. Por isso, ainda que substitutivo do recurso expressamente previsto para a hipótese, é imprescindível o seu processamento para perquirir a existência de "ilegalidade ou abuso de poder" no ato judicial impugnado (STF, HC 121.537, Rel. Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma; HC 111.670, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma; STJ, HC 277.152, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma; HC 275.352, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma).

02. O habeas corpus não comporta dilação probatória. Salvo se evidente a "ilegalidade ou abuso de poder" (CR, art. 5º, inc. LXVIII), não pode ser conhecido se a análise da pretensão formulada - desclassificação do crime de tráfico de drogas (Lei n. 11.343/2006, art. 33) para o de posse de drogas para uso pessoal (art. 28) - depender exclusivamente da reavaliação do conjunto fático-probatório, pois "os Tribunais Superiores resolvem questões de direito e não questões de fato e prova" (STF, RHC 113.314/SP-AgR, Rel. Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 11/09/2012; HC 221.081/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 14/10/2014; HC 284.904/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 14/10/2014).

03. Habeas corpus não conhecido.

(HC 321.754/RS, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC), QUINTA TURMA, julgado em 11/06/2015, DJe 18/06/2015)

No que se refere à almejada aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, observa-se que o Colegiado afastou a referida benesse sob o seguinte fundamento, *verbis*:

Em relação ao pleito afastamento da minorante prevista no § 4º, do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, assiste razão o agente ministerial, haja vista o reconhecimento dessa causa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reduzida ficar adstrito ao preenchimento de requisitos subjetivos, quais sejam, ser o agente primário, de bons antecedentes, não-dedicado às atividades criminosas e não-integrante de organização criminosa.

Frisa-se que as circunstâncias e as peculiaridades do caso em tela, em que o réu foi flagrado, com 120 gramas de crack, bem como pelo fato de este possuir registro policial, quando adolescente, pelos crimes de roubo e tráfico de drogas (fls. 07/18) e estar respondendo a mais dois processos pelo mesmo crime em questão (347/v.), permitem a segura conclusão de que o mesmo, ainda que não possa ser considerado reincidente, nem mesmo portado de maus antecedentes, se dedicava à atividade criminosa, fazendo do tráfico de drogas seu meio de vida, visando ao lucro fácil à custa da saúde pública. (e-STJ fl. 395).

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.

Pela leitura do excerto supra, constata-se que a Corte impetrada afastou a incidência da referida benesse com base na quantidade de estupefaciente apreendido e em razão de as circunstâncias do caso concreto evidenciarem que o paciente se dedicaria a atividades criminosas, já que possui "*registro policial, quando adolescente, pelos crimes de roubo e tráfico de drogas (fls. 07/18) e estar respondendo a mais dois processos pelo mesmo crime em questão*" (e-STJ fl. 395), os quais, embora não possam ser sopesados a título de maus antecedentes, revelam a propensão do acusado para o cometimento de ilícitos, situação apta a afastar a aplicação da benesse em questão, já que não preenchido o requisito previsto na lei com a expressão "*não se dedique às atividades criminosas*", evidenciando, desse modo, não ser merecedor da benesse ora almejada.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PREPONDERÂNCIA DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NATUREZA E DA QUANTIDADE DA DROGA. AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. CONDENAÇÃO ANTERIOR NÃO TRANSITADA EM JULGADO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

IV - A condenação anterior, ainda que não transitada em julgado, a despeito de não configurar maus antecedentes, é causa suficiente para impedir a incidência da minorante, eis que há indicativo que o paciente se dedicaria "às atividades criminosas", inocorrendo, portanto, o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

(Precedentes).

Habeas Corpus não conhecido.

(HC 287.608/TO, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 04/02/2015)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. COMPROVADO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS A DEDICAÇÃO DA PACIENTE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. DESCONSTITUIÇÃO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO PROBATÓRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA.

- O Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Precedentes: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012, e HC 104.045/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 6.9.2012, dentre outros.

- O Superior Tribunal de Justiça, na esteira desse entendimento, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa toada, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício. A propósito: HC 221.200/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 19.9.2012.

- A existência de outro processo em andamento pelo crime de tráfico ilícito de drogas, juntamente com a especial gravidade das circunstâncias do caso concreto (transporte de expressiva quantidade de drogas - 161 pedras de crack), revelam a dedicação da paciente à atividade criminosa, inviabilizando a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

- Mantida a pena em 5 (cinco) anos de reclusão, é inviável a conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto ausente o preenchimento do requisito objetivo previsto no inciso I do art. 44 do CP.

Habeas corpus não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 214.302/RS, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 09/04/2013, DJe 12/04/2013)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do(a) acusado(a), que não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.

2. No caso vertente, não obstante a paciente seja primária e possuidora de bons antecedentes, o juiz sentenciante afastou a aplicação da causa especial de diminuição de pena com base nas circunstâncias do caso concreto, as quais o levaram a acreditar que ela se dedicava a atividades delituosas, notadamente ao cometimento do narcotráfico.

3. Para se afastar a conclusão das instâncias ordinárias, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amalhado durante a instrução criminal, providência essa que, como cediço, é vedada na via estreita do habeas corpus.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 291.540/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/08/2014, DJe 26/08/2014)

Desta forma, não se pode dizer que o Tribunal de origem incidiu em constrangimento ilegal, pois, entendendo que o paciente não satisfazia as exigências para a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, fundamentadamente rechaçou a sua incidência *in casu*.

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

Há que ser levada em consideração, no que tange à fixação do regime inicial de cumprimento da pena, também a gravidade concreta do delito (quantidade, natureza, grau de drogadição e de nocividade do entorpecente apreendido).

Justificada, portanto, a adoção do regime mais gravoso de cumprimento da pena do tráfico de entorpecentes, em virtude da apreensão de expressiva quantidade e natureza da droga apreendida, sendo o crack, droga notoriamente mais danosa do que outras (e-STJ fl. 398).

Acerca do tema, cumpre salientar que, a teor da jurisprudência reiterada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 concreto, especialmente o contido no art. 59 do CP.

Da leitura do excerto acima transcrito, vê-se que o regime inicial fechado foi mantido com base na gravidade concreta do crime cometido, demonstrada especialmente pela quantidade e natureza do entorpecente apreendido - 120 g de *crack* (e-STJ fl. 290) - , fator suficiente a justificar a imposição do sistema prisional mais severo, nos termos em que apresentados, os quais corroboram, inclusive, ser este o único apto a prevenção e a repressão do delito denunciado no caso concreto, consoante o disposto no art. 33 do Código Penal.

A propósito:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. CAUSA DE DIMINUIÇÃO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. VEDAÇÃO À REFORMATIO IN PEJUS. DOSIMETRIA. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE.

[...]

4. A gravidade concreta do delito é razão bastante para a fixação do regime inicial fechado para cumprimento da pena privativa de liberdade.

[...]

(AgRg no AREsp 391.758/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 09/09/2014, DJe 25/09/2014)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. NATUREZA, QUANTIDADE E FORMA DE ACONDICIONAMENTO DA DROGA. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. A natureza, quantidade e a forma de acondicionamento de entorpecente apreendido constituem fundamentos aptos a justificar a fixação do regime fechado, sobretudo no presente caso, em que foram apreendidas 8,1g de cocaína, distribuídas em 21 pequenos frascos de material plástico incolor, ostentando a inscrição "PÓ 10 C.V.R.L", bem como o desenho colorido do super-herói de quadrinhos "SUPERMAN".

2. Não há se falar em bis in idem se o regime fechado foi fixado com base nas circunstâncias do caso concreto e a minorante do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 deixou de ser aplicada por dedicar-se o agravante à traficância.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 484.756/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 12/06/2014)

Em relação à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não há falar em constrangimento ilegal, pois a pena do paciente restou estabelecida definitivamente em patamar superior a 04 (quatro) anos, pelo que inviável a permuta, visto que não preenchido o requisito objetivo exigido pelo art. 44 do CP.

Acerca do tema, os seguintes precedentes deste Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. (2.190 G DE COCAÍNA). DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). REQUISITOS. VERIFICAÇÃO. INVIABILIDADE. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

1. A análise de que a exasperação da pena-base seria descabida, pois desproporcional à quantidade de drogas apreendidas, demandaria o reexame de matéria fático-probatória, providência inviável em recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

2. O Tribunal de origem afirmou expressamente não estarem preenchidos os requisitos para que o recorrente se beneficiasse da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, pois se dedicava a atividades criminosas. Para rever a conclusão, necessário seria o reexame de provas, inviável em recurso especial.

3. Fixada a reprimenda em patamar superior a 4 anos, é inviável o pleito de substituição, por ausência do requisito objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal.

4. Inexiste ilegalidade na fixação do regime inicial fechado, pois estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, em razão da quantidade e natureza da droga apreendida.

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 382.311/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2015, DJe 28/05/2015)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. NÃO INCIDÊNCIA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME FECHADO. NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTO ACRESCENTADO PELO TRIBUNAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INEXISTÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PATAMAR DA REPRIMENDA SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio, ressalvando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

- Com base nas provas dos autos, sobretudo a existência de outros três processos criminais em andamento pela prática do delito de tráfico de drogas, as instâncias ordinárias entenderam que o paciente se dedica a atividades criminosas. Afastar essa conclusão demanda o reexame aprofundado das provas, inviável em sede de habeas corpus.

- O elevado potencial lesivo (natureza) da droga (crack) apreendida revela a gravidade concreta do delito, justificando a imposição do regime inicial fechado na hipótese dos autos. Ainda que esse fundamento tenha sido agregado pelo Tribunal a quo para manter esse regime, em apelação da defesa, não houve ofensa ao princípio do ne reformatio in pejus, segundo o qual, em recurso exclusivo da defesa, a situação do réu não pode ser agravada em relação à pena que lhe foi aplicada em primeiro grau.

- A fixação da pena privativa de liberdade em patamar superior a 4 (quatro) anos impede a sua substituição por restritivas de direitos (art. 44, I, do Código Penal).

Habeas corpus não conhecido.

(HC 312.983/RS, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 28/04/2015, DJe 06/05/2015)

Nesse mesmo sentido, opinou o Ministério Público Federal em parecer de fls. 452-462, verbis:

Em relação ao pedido de absolvição, a análise do argumento defensivo demanda a reapreciação dos elementos de convicção existentes nos autos do processo principal, providência esta incabível na estreita via do Habeas corpus, por demandar ampla incursão em matéria fático-probatória.

[...]

O Tribunal local, soberano no exame do arcabouço probatório, asseverou a existência de provas suficientes de autoria e materialidade a demonstrar a prática do crime de tráfico de entorpecentes.

No que toca à incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006, cabe frisar que um dos requisitos para sua aplicação é não se dedicar o agente a atividades criminosas.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A minorante do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 objetiva distinguir a situação do traficante eventual daquele que atua no “varejo” da comercialização de drogas no mais das vezes para sustentar vício próprio.

In casu, concluiu-se que o paciente se dedica habitualmente a atividades criminosas, não cumprindo, assim, um dos requisitos – cumulativos, cumpre ressaltar – necessários à incidência da benesse.

[...]

Nesse aspecto, a decisão harmoniza-se com a jurisprudência pacífica dessa eg. Corte Superior no sentido de que a natureza e a quantidade da droga são circunstâncias que justificam a fixação de regime inicial mais gravoso.

[...]

Assim, não há correção a ser feita no acórdão, que justificou adequadamente a fixação do regime mais gravoso.

Por fim, em relação à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por se tratar de cumulação sucessiva de pedidos, cuja apreciação depende da procedência do anterior que buscava a redução da reprimenda, o writ há de ser considerado prejudicado.

Ante o exposto, ausente o alegado constrangimento ilegal, não se conhece do *habeas corpus*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0253489-4

HC 338.201 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00711620520108210015 01521000071161 1521000071161 70051024271
711620520108210015

EM MESA

JULGADO: 12/04/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

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	: ISMAEL DA SILVA LEONCIO
CORRÉU	: MAICON ISMAEL CRUZ VALEIRO

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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.