



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 304.644 - RS (2014/0241036-7)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
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 : KELLY JESUANE RODRIGUES BRAGA

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO. REVOLVIMENTO DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. ANÁLISE DO ART. 33, §2º, **B** E §3º DO CP. REINCIDÊNCIA. REGIME FECHADO. COMPATIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Ministra **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinham-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - No caso em tela, infirmar a condenação da paciente ao argumento de que as provas coligidas são insuficientes para demonstrar a prática de atos de mercancia, demandaria, necessariamente, o amplo revolvimento da matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de **habeas corpus**. (**Precedentes**).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IV - No caso concreto, o magistrado de primeiro grau negou a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º da Lei n.º 11.434/2006 ao fundamento de que a paciente se dedicaria a atividades criminosas, mormente em razão da reincidência. Rever tal entendimento exigiria dilação fático-probatória, o que encontra óbice na estreita via do **habeas corpus**.

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

VI - Revela-se adequado na hipótese, consoante o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, a imposição do regime inicial **fechado** à paciente, condenada a pena superior a 4 (quatro) anos, e **reincidente**. Impossibilidade, portanto, de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. **(Precedentes)**.

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 Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) e Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de dezembro de 2014 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 304.644 - RS (2014/0241036-7)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em benefício de KELLY JESUANE RODRIGUES BRAGA, contra v. acórdão do eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Depreende-se dos autos que a paciente foi condenada como incurso nas sanções do art. 33, **caput**, da Lei n.º 11.343/06, à pena de **6 (seis) anos** de reclusão em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, no qual o eg. Tribunal **a quo** negou provimento ao apelo defensivo.

Eis a ementa do v. acórdão reprochado:

"APELAÇÕES CRIMINAIS DEFENSIVAS. LEI N.º 11.343/06. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS.

Materialidade e autoria comprovadas pelo auto de apreensão, pelo auto de prisão em flagrante, pelos laudos preliminar de constatação da natureza da substância e definitivo, bem como pela prova testemunhal, através dos depoimentos dos policiais, que se mostraram harmônicos e coerentes com os demais elementos de prova.

DESCCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS. DESCABIMENTO.

Descabimento do pedido de desclassificação para uso.

O contexto probatório evidencia, com suficiente grau de certeza, que a substância se destinava a mercancia. A simples alusão de ser usuário de drogas não induz a prática do delito do artigo 28, inclusive porque o uso não exclui a traficância. Soma-se que o flagrante decorre, conforme informado, de informações obtidas por usuária que apontou o local onde as mulheres estariam traficando, de quem adquiriu a droga.

DA IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA MINORANTE DO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS.

Descabe a aplicação dessa minorante ante os antecedentes da ré, que demonstram ser esta voltada à prática de crimes de tráfico, e, em especial, porque reincidente, nos exatos termos do que consta da certidão de antecedentes acostada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DO APENAMENTO

Nada há a modificar na dosimetria da pena. A pena base foi adequadamente majorada em 1 (um) ano, diante da reincidência, o que se mostra razoável e adequado inclusive diante da posição jurisprudencial.

DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS

A ré não faz jus a substituição pretendida, vez que a pena privativa de liberdade que lhe foi aplicada é superior a 4 anos de reclusão, não preenchendo, portanto, o requisito objetivo.

APELAÇÕES DEFENSIVAS DESPROVIDAS" (fl. 378).

Daí o presente **writ**, no qual postula o impetrante, em síntese: a absolvição da paciente ou, pelo menos, a desclassificação do crime para aquele previsto no art. 28 da Lei n.º 11.343/2006, por se tratar de simples dependente química; a aplicação da minorante do §4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06; a alteração do regime inicial fechado para o semiaberto ou aberto; e, por fim, a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

Afirma que a paciente é ré primária, e que haveria, no caso, ofensa ao princípio da correlação, pois teria sido denunciada por atos de mercancia, "*não havendo prova judicializada e esta sendo afirmada pelo próprio Tribunal de Justiça*" (fl. 2).

Afirma, ainda, que a quantidade de entorpecentes apreendida não seria fundamento idôneo para a não incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006.

Defende, por fim, a possibilidade de fixação do regime prisional diverso do fechado, e, ainda, aplicado o redutor do supracitado § 3º, que seja a pena imposta substituída pela restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida (fls. 355-356).

Informações prestadas às fls. 396-397.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 420-424, manifestou-se pelo **não conhecimento** do **writ**, e, caso conhecido, pela denegação do pedido.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 304.644 - RS (2014/0241036-7)

EMENTA

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO. REVOLVIMENTO DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. ANÁLISE DO ART. 33, §2º, B E §3º DO CP. REINCIDÊNCIA. REGIME FECHADO. COMPATIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Ministra **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perflilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - No caso em tela, infirmar a condenação da paciente ao argumento de que as provas coligidas são insuficientes para demonstrar a prática de atos de mercancia, demandaria, necessariamente, o amplo revolvimento da matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de **habeas corpus**. (**Precedentes**).

IV - No caso concreto, o magistrado de primeiro grau negou a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º da Lei n.º 11.434/2006 ao fundamento de que a paciente se dedicaria a atividades criminosas, mormente em razão da reincidência. Rever tal entendimento exigiria dilação fático-probatória, o que encontra óbice na estreita via do **habeas corpus**.

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

VI - Revela-se adequado na hipótese, consoante o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, a imposição do regime inicial **fechado** à paciente, condenada a pena superior a 4 (quatro) anos, e **reincidente**. Impossibilidade, portanto, de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. (**Precedentes**).

Habeas corpus não conhecido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Ministra **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014).

As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Na presente impetração busca-se a absolvição da paciente por ausência de prova, ou a desclassificação do delito para aquele previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/2006. Alternativamente, pretende o impetrante a aplicação da redução da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 e consequente mudança de regime de cumprimento de pena, e ainda a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Em relação ao pleito de absolvição, argumenta o impetrante, em síntese, que "*o presente habeas é o remédio para remediar o erro judiciário, que a condenou. A Absolvição é medida que se impõe. OU, NO MÍNIMO, A SENTENÇA DESCLASSIFICATÓRIA PARA A FIGURA DO ART. 28, DA LEI 11.343/06. [...] Na espécie, foi denunciada por atos de mercancia!! Não havendo prova judicializada e esta sendo afirmada pelo próprio Tribunal de Justiça, mostra-se inviável o édito condenatório. Ofensa ao princípio da correlação patente*" (fl. 2).

Esta eg. Corte é pacífica no sentido de que o limite cognitivo da via do **habeas corpus** não permite a incursão na seara probatória, em razão do revolvimento dos elementos fáticos. Entender em sentido contrário, inclusive adentrando na seara do elemento subjetivo do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tipo (dolo) inserto no art. 33, **caput**, da Lei nº 11.343/06, como quer o impetrante, **in casu**, demandaria impreterivelmente cotejo minucioso de matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de **habeas corpus**.

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

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. NEGATIVA DE AUTORIA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MAUS ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE.

[...]

2. Não se mostra possível o exame do pedido de absolvição por insuficiência de provas, por se tratar de matéria cujo exame extrapola os limites estreitos do **habeas corpus**, notadamente por demandar o revolvimento de todos elementos de cognição produzidos no curso do processo de conhecimento" (HC n. 221081/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Gurgel de Faria**, DJe de 17/10/2014).

"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 158, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. (1) WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. (2) ABSOLVIÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA FORMA TENTADA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. (3) PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. (4) NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do **habeas corpus**, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. **In casu**, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. O **mandamus** se presta a sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção. Não cabe nesta via estreita do **writ** revolvimento fático-probatório a ensinar a absolvição do paciente ou a desclassificação do crime para a forma tentada.

[...]

4. **Habeas corpus não conhecido**" (HC n. 296744/SP, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 26/9/2014).

Em relação ao pleito da incidência da minorante, razão não assiste ao impetrante. Verifica-se da r. sentença condenatória, para indeferir o pedido, os seguintes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

argumentos:

"3ª Fase:

Pena definitiva.

Ausentes causas especiais de aumento ou diminuição da pena, uma vez que é inaplicável à espécie a minorante prevista no art. 33, §4º, da Lei de Drogas porque a ré é reincidente, fixo a pena definitiva em 06 anos de reclusão" (fl. 373, grifei).

Outrossim, da análise dos fundamentos que dão suporte ao v. acórdão objurgado, observa-se que o eg. Tribunal **a quo**, ao confirmar a sentença, considerou, como fator impeditivo para o reconhecimento da minorante, o seguinte:

"DO PEDIDO DE APLICAÇÃO DO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS

Descabe a postulação de aplicação da minorante formulada pela recorrente KELLY, já que a ré não preenche os requisitos necessários a concessão desse benefício, posto ter maus antecedentes, inclusive na seara do tráfico de entorpecentes, nos termos do que consta da certidão de antecedentes de fls. 54/55.

Ademais os antecedentes consignados na certidão demonstram que a mesma tem sua atividade voltada a essa prática delitiva.

No particular, disse, com propriedade, a digna Procuradora de Justiça:

'De outro giro, tocante a aplicação do §4º do art. 33 da Lei de Drogas, mostra-se inviável, considerando que as rés não preenchem os requisitos previstos no dispositivo legal supracitado, pois tem maus antecedentes (fls. 53-9), de forma que não há como se aplicar tal redutor de pena.'

Desacolho, portanto, o pedido de aplicação da minorante prevista no precitado dispositivo legal" (fls. 387-388).

Afastar tal entendimento também demandaria incursão fático-probatória, inviável na estreita via do **habeas corpus**. Colaciono precedentes desta eg. Corte que corroboram a tese ora aventada, **verbis**:

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ILEGALIDADE NA PRISÃO PROCESSUAL. FUNDAMENTO PREJUDICADO PELO ULTERIOR TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. IMPOSSIBILIDADE DE SE APLICAR A MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06, EM RAZÃO DA CONCLUSÃO SOBERANA DAS INSTÂNCIAS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ORDINÁRIAS DE QUE O PACIENTE PRATICAVA AO MENOS EVENTUALMENTE A TRAFICÂNCIA. ORDEM DE **HABEAS CORPUS** PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.

[...]

2. São condições para que o condenado faça jus à causa de diminuição de pena prevista no § 4.º, do artigo 33, da Lei n.º 11.343/06: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Tais requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente; à míngua de qualquer uma dessas condições não é legítimo reclamar a aplicação da minorante.

3. *As instâncias ordinárias, soberanas na análise da matéria fática dos autos, reconheceram que o Paciente dedicava-se ao menos eventualmente à atividade criminosa de traficar drogas. Não há como tal conclusão ser reavaliada na via processual eleita, por se tratar de remédio constitucional de rito célere e cognição sumária.*

[...]

5. Ordem de **habeas corpus** parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada" (HC n. 270931/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 25/10/2013 - grifei).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE SIGNIFICATIVA DA DROGA. ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. INAPLICABILIDADE. REGIME FECHADO PARA INÍCIO DE CUMPRIMENTO DE PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA.

[...]

2. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes e não se dedique à atividades criminosas nem integre organização criminosa.

3. *O Tribunal de origem destacou que a significativa quantidade de drogas e a evidência de que o paciente se dedicava à atividade criminosa impede a adoção do redutor previsto no § 4º, do art. 33 da Lei nº 11.343/06, que exige a cumulação dos requisitos exigidos no referido dispositivo legal.*

[...]

5. Ordem denegada" (HC n. 162.212/GO, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Og Fernandes**, DJe de 2/8/2010 - grifei).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em relação ao pleito de fixação de regime mais brando e consequente conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, o pleito defensivo igualmente não merece guarida.

O Plenário do eg. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 - com redação dada pela Lei nº 11.464/07. Portanto, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33 e do art. 59, ambos do Código Penal.

Assim, tendo em vista que a ora paciente é **reincidente**, não faz jus à fixação do regime semiaberto, a teor do disposto no art. 33, § 2º, alínea **b**, e § 3º, c/c art. 59, ambos do Código Penal.

Como bem aduziu o Ministério Público Federal - em parecer da lavra da eminente Subprocuradora-Geral da República Maria Eliane Menezes de Farias, o qual adoto como razões de decidir - a ora paciente não faz jus ao regime semiaberto de cumprimento de pena. Eis o excerto do parecer:

"Em que pese não haver a imposição legal no sentido de que os condenados por crimes hediondos devam se submeter a regime integralmente fechado, deve-se observar, que a Paciente, por ser reincidente, não faz jus ao regime intermediário, em observância aos arts. 33 e 59 do Código Penal" (fl. 422).

É assente nesta eg. Corte de Justiça a possibilidade de fixar regime mais severo aos condenados reincidentes que receberam pena acima de 4 (quatro) anos. Nesse sentido:

"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 33, CAPUT, DA LEI N.º 11.343/06. (1) WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. (2) PENA-BASE. ACRÉSCIMO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME (QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA). INCREMENTO JUSTIFICADO. PERSONALIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. (3) REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. REINCIDÊNCIA. ADEQUAÇÃO. (4) NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

[...]

3. Fixada pena superior a quatro anos de reclusão para condenado reincidente, não há ilegalidade no estabelecimento do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime fechado para o início do cumprimento de pena.

4. **Habeas corpus** não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mais 500 (quinhentos) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão" (HC n. 284941/RS, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 16/9/2014, grifei).

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. AÇÕES PENAIAS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444/STJ. REDUÇÃO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. MANUTENÇÃO. FIXAÇÃO DE REGIME SEMIABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPROCEDÊNCIA. RÉU REINCENTE. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. A natureza e quantidade de entorpecente apreendido constituem fundamentos aptos a elevar a pena-base acima do mínimo legal, sobretudo no presente caso, em que foram apreendidas 85 pedras de crack, totalizando 12,77g da droga. Precedente.

2. Não há que se falar em incidência da Súmula 269/STJ, a justificar o regime semiaberto, porquanto, além de ser o réu reincente, há circunstância judicial negativa, o que impõe a fixação do regime fechado, bem como impossibilita a substituição da pena.

3. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no REsp n. 1130774/RS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 2/5/2014).

Consequentemente, não há que se falar em substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

Diante de tais considerações, **não conheço do writ.**

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0241036-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 304.644 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 03821734720138217000 14121300016080 3821734720138217000 70056575467

EM MESA

JULGADO: 02/12/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

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	: KELLY JESUANE RODRIGUES BRAGA
CORRÉU	: LUCIANA RIBEIRO CARDOSO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) e Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.