



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 332.330 - RS (2015/0192138-6)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
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 : SILVIA LETICIA DOS REIS

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. ILEGALIDADE NA OBTENÇÃO DAS PROVAS. REVISTA ÍNTIMA. VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA. TEMA NÃO ABORDADO NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. INVERSÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. REGIME PRISIONAL FECHADO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE AUTORIZAM REGIME MAIS GRAVOSO: QUANTIDADE DE DROGAS, NÃO APLICAÇÃO DA MINORANTE E PACIENTE QUE INGRESSOU COM DROGA NO PRESÍDIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o 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.

- O tema referente à alegação de ilicitude da prova obtida em revista íntima não foi enfrentado pelo Corte de origem, de forma que sua análise por este Tribunal Superior significaria supressão de instância.

- Rever o entendimento externado pela Corte de origem para o fim de aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 demandaria, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório, inviável em sede de *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.
- O regime de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena comporta pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos.
- No caso, a quantidade e a variedade da droga apreendida com a paciente (50g de maconha e 47g de cocaína), o fato de não ter sido reconhecida a figura do tráfico privilegiado e a tentativa da paciente de ingressar com drogas no presídio são circunstâncias que recomendam o regime mais gravoso.
- Não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto a pena fixada é superior a 4 anos.
- *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 Ribeiro Dantas, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de novembro de 2015 (Data do Julgamento).

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 332.330 - RS (2015/0192138-6)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
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 : SILVIA LETICIA DOS REIS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA(Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de SILVIA LETICIA DOS REIS, no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Apelação Criminal n. 0029154-68.2014.8.21.7000).

Consta dos autos que a paciente foi condenada como incurso no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/2006, às penas de 8 (oito) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime fechado.

Interposta apelação, o Tribunal local deu parcial provimento ao recurso, para reduzir a pena para 7 (sete) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

No presente *writ*, a impetrante alega constrangimento ilegal na condenação da paciente, tendo em vista as condições nas quais foram apreendidas as drogas, por meio de revista íntima. Sustenta que tal procedimento viola a dignidade da pessoa humana, tornando ilícita a apreensão da droga, a impor a absolvição da paciente, nos termos do art. 386, inciso VII, do Código Penal.

Subsidiariamente, requer a aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, porquanto a paciente é primária e não há nos autos qualquer prova de sua participação em organização criminosa. Alega, ainda, ausência de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

motivação idônea para a manutenção do regime fechado. Por fim, sustenta que a paciente faz jus a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido às e-STJ fls. 281/282.

O Ministério Público Federal opinou, às e-STJ fls. 328/332, pelo não conhecimento do *habeas corpus*:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ALEGAÇÃO DE ILICITUDE DA PROVA OBTIDA EM REVISTA ÍNTIMA, ANTES DO INGRESSO EM PRESÍDIO. QUESTÃO NÃO SUSCITADA NO TRIBUNAL DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO ACERVO PROBATÓRIO, INCABÍVEL NA VIA ESTREIA DO HABEAS CORPUS. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO, ANTE O RECONHECIMENTO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS DA DEDICAÇÃO DA ACUSADA ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. DECISÃO FUNDAMENTADA. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA E CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PELO NÃO CONHECIMENTO DO HABEAS CORPUS.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 332.330 - RS (2015/0192138-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA(Relator):

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. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. 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 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. 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 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rel. Min. 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.

[...] Habeas corpus não conhecido. (HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...]. (STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

De início, o tema referente à suposta ilicitude da prova obtida por meio de revista íntima não foi enfrentado pela Corte de origem, de forma que sua análise por este Tribunal Superior significaria supressão de instância.

Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. QUADRILHA. ILEGALIDADE DE PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO INSTAURADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. MATÉRIAS NÃO APRECIADAS PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. A apontada impossibilidade de realização de investigação pelo Ministério Público e a aventada ilicitude das interceptações telefônicas dos acusados não foram alvo de deliberação pelo Tribunal de origem, circunstância que impede qualquer manifestação desta Corte Superior de Justiça sobre os tópicos, evitando-se com tal medida a atuação em indevida supressão de instância.

2. Da leitura do acórdão objurgado, observa-se que em momento algum o mérito do writ originário foi enfrentado pela Corte de origem, que, equivocadamente, entendeu que se tratariam de temas que demandariam a análise de matéria probatória, o que evidencia a ocorrência de negativa de prestação jurisdicional, ensejando constrangimento ilegal passível de ser remediado com a concessão da ordem de habeas corpus, ainda que de ofício.

3. Esta Corte Superior de Justiça possui inúmeros julgados no sentido de que eventuais ilegalidades nas interceptações telefônicas podem ser examinadas na via do remédio constitucional, não se tratando de matéria que demanda a valoração de provas.

4. Da mesma forma, a validade das investigações realizadas pelo Ministério Público é questão que não depende do aprofundado revolvimento de fatos e provas, bastando a análise dos dispositivos constitucionais e legais pertinentes, inexistindo, portanto, qualquer óbice à sua verificação em sede de habeas corpus.

5. Recurso não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar a baixa dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para que aprecie o mérito do mandamus lá impetrado. (RHC 51.300/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 21/05/2015, DJe 28/05/2015).

Busca-se, ainda na presente oportunidade, o reconhecimento de constrangimento ilegal em virtude da não aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Em relação à não aplicação, segue a fundamentação da Corte *a quo* (e-STJ fl. 268):

Cumpre salientar, por outro lado, para fins elucidativos que é inviável, no caso concreto, eventual pedido de reconhecimento da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

redutora prevista do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, pois a ré não preenche todos os requisitos necessários ao alcance do benefício.

Com efeito, embora a acusada seja tecnicamente primária (certidão de fls. 34/35), verifica-se que responde a outros processos criminais, tendo, inclusive, sofrido condenação também pelo delito de narcotráfico, praticado no interior de estabelecimento prisional, indicando que a mesma se dedica com habitualidade às atividades criminosas

Paralelamente, a redutora em questão destina-se, no dizer de Nucci, a traficantes de "primeira viagem", flagrados com pequena quantidade de droga, o que não é o caso dos autos, envolvendo cerca de 50g de maconha e mais 47g de cocaína, sendo esta última substância dotada de notória nocividade, dentro de estabelecimento carcerário, repisa-se

Portanto, extrai-se que o Tribunal *a quo* formou sua convicção com base nos elementos fáticos constantes dos autos, concluindo que a ora paciente se dedicava à prática criminosa. Rever esse entendimento demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável em sede de *habeas corpus*. Em hipóteses análogas, decidiu esta Corte:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS E CORRUPÇÃO DE MENORES. ABSOLVIÇÃO E MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE NO WRIT. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO E SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DESCABIMENTO. [...] 3. A benesse do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 tem como finalidade punir com menor rigor o traficante não habitual, isto é, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida, de modo que, para fazer jus àquele benefício, o agente deve preencher os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa. 4. Rever a conclusão do sentenciante - de que o paciente integrava organização criminosa (Comando Vermelho) e exercia o tráfico de drogas de modo profissional e habitual - demandaria incursão no acervo fático-probatório, o que é inviável na via estreita do habeas corpus. [...] 8. Habeas corpus não conhecido. (HC 184.136/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe 8/9/2015).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas. 2. Não há constrangimento ilegal no ponto em que, fundamentadamente, não foi aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, à vista de elementos concretos que indicaram a dedicação do acusado à atividade criminosa do tráfico. 3. Para acolher a tese defensiva de que o acusado não se dedica a atividades criminosas, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amalhado durante a instrução criminal, providência vedada na via estreita do habeas corpus. [...] 8. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, tão somente para que o Juízo das Execuções, mediante concreta fundamentação, analise a possibilidade de fixação de regime inicial mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal. (HC 314.626/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe 26/8/2015).

Importa considerar, ainda, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não há ilegalidade na negativa de aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 quando a quantidade e a natureza das substâncias apreendidas permitem aferir que o agente se dedica a atividade criminosa.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. EXERCÍCIO DO COMÉRCIO ILÍCITO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVERSÃO DAS CONCLUSÕES DO ACÓRDÃO RECORRIDO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. Não trazendo o agravante tese jurídica capaz de modificar o posicionamento anteriormente firmado, é de se manter a decisão agravada por seus próprios fundamentos. 2. O Tribunal de origem afirmou expressamente não estarem preenchidos os requisitos para que o recorrente se beneficiasse da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, pois a relevante quantidade de entorpecentes indica o envolvimento do acusado com o tráfico. Para rever a conclusão, necessário seria o reexame de provas, inviável em recurso especial. 3. A teor da jurisprudência desta Corte, é incabível o pedido de concessão de ordem de habeas corpus de ofício como tentativa de burlar a inadmissão do recurso especial. 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 607.253/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 9/6/2015, DJe 22/06/2015).

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. REGIME INICIAL FECHADO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE. CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO CABIMENTO. ART. 44, I, DO CP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. I - (...) . 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 dos autos, as circunstâncias do crime (dentre elas, a expressiva quantidade e diversidade de drogas apreendidas - 53,11 g de maconha, 116,58 g de crack e 27,78 g de cocaína) justificam o afastamento da minorante, eis que há indicativo de que o paciente se "dedica a atividades criminosas", inocorrendo, portanto, o permissivo legal previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 (precedentes). IV - (...) V - Na espécie, a quantidade e natureza do entorpecente foram valoradas para afastar a incidência da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Sendo desfavorável, portanto, a circunstância, impede a fixação do regime semiaberto unicamente em razão da quantidade da pena imposta. Neste sentido, correta a fixação do regime fechado para o início de cumprimento da reprimenda (precedentes). VI - Aplicada pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos, a paciente não faz jus à substituição da reprimenda por pena restritiva de direitos (art. 44, inciso I, do CP). Habeas corpus não conhecido. (HC 309.244/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/05/2015, DJe 21/05/2015).

No caso, foram apreendidos 50g de maconha e 47g de cocaína, conforme e-STJ fl. 180.

Dessa forma, não há se falar em constrangimento ilegal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em relação ao regime, como é cediço, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

O regime de cumprimento de pena mais gravoso até pode ser estabelecido, mas, para tanto, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos.

No presente caso, veja-se o que foi consignado pelo Tribunal local ao manter o regime fechado (e-STJ fls. 270/271):

Por derradeiro, vai mantida a estipulação do regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda carcerária, apesar da inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, declarada incidenter tantum pelo egrégio STF, quando do julgamento do Habeas Corpus nº 111.840/ES, relatado pelo Ministro Dias Toffoli, em sessão plenária de 27JUN2012, superando a obrigatoriedade de início do cumprimento de pena no regime fechado aos condenados por crimes hediondos ou a ele equiparados.

Ocorre que, no caso concreto, não se mostra razoável nem socialmente recomendável a estipulação do regime semiaberto para o cumprimento da reprimenda carcerária imposta à apelante Silvia, pois conforme já visto, há indicativos nos autos, de que se dedicava com habitualidade às atividades ilícitas,.

In casu, conforme antes já salientado, além disso, a ré foi flagrada com dois tipos de entorpecentes - cerca de 50g de maconha e de 47g de cocaína os quais objetivava entregar a seu companheiro, que cumpria pena dentro da Penitenciária Modulada Estadual de Montenegro, fatores que autorizam a estipulação do regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda carcerária pelo narcotráfico, tal como deliberou a sentença hostilizada, conclusão a que se chega pela leitura conjunta dos artigos 33-§ 3º e 59, ambos do CP, e do artigo 42, da Lei nº 11.343/06.

Da leitura do trecho do acórdão recorrido, verifica-se que as circunstâncias fáticas que envolveram o delito em tela ensejam a necessidade da manutenção do regime mais gravoso. Isso porque, a quantidade e a variedade da droga apreendida com a paciente (50g



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de maconha e 47g de cocaína) e o fato de não ter sido reconhecida a figura do tráfico privilegiado, por entender o sentenciante que a acusada dedica-se a atividades criminosas, são circunstâncias que recomendam o regime mais gravoso para a prevenção e repressão dos delitos perpetrados, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei 11.343/2006.

Ademais, a conduta da paciente de ingressar no presídio com 97g de entorpecente denota maior reprovabilidade, situação que justifica também a fixação do regime mais gravoso.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROPORCIONALIDADE. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA DIVERSO DO FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro da discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar-se para as singularidades do caso concreto, cumprindo-lhe, na primeira etapa do procedimento trifásico, guiar-se pelas circunstâncias relacionadas no caput do art. 59 do Código Penal. 2. Condenações anteriores com trânsito em julgado há mais de cinco anos não caracterizam a reincidência, mas podem ser consideradas como maus antecedentes. 3. A exasperação da pena-base em 6 meses, diante da circunstância judicial desfavorável - maus antecedentes -, mostra-se razoável e não merece qualquer reparo. 4. Nos crimes de tráfico de entorpecentes, a escolha do regime prisional inicial deve levar em consideração a quantidade da pena imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e as demais peculiaridades do caso concreto (como a natureza e a quantidade de drogas apreendidas, por exemplo), para que, então, seja escolhido o regime carcerário que, à luz do disposto no art. 33 e parágrafos do Código Penal, se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado. 5. Diante do quantum de pena imposta - 6 anos e 5 meses de reclusão - e dos maus antecedentes do agravante, não há qualquer ilegalidade na imposição do modo mais gravoso. 6. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 322.686/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 11/09/2015).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO. 1. A via eleita se revela 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. (...) REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME MODO MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE. 1. A teor da jurisprudência reiterada 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 versado. 2. Na espécie, a gravidade concreta do crime, demonstrada pela conduta da paciente, que teria tentado ingressar com relativa quantidade de maconha em presídio, justifica a imposição do regime prisional mais severo. Precedente. 3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para, afastada a incompatibilidade da causa de diminuição do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 com as causas de aumento do artigo 40 do mencionado diploma legal, determinar que o Juízo competente analise o eventual preenchimento dos requisitos previstos para a incidência da referida minorante. (HC 328.728/RS, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 08/10/2015)

Por fim, tendo em vista o *quantum* da pena arbitrada, superior a 4 (quatro) anos, não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, conforme o art. 44, inciso I, do Código Penal.

Ante o exposto, **não conheço** o *habeas corpus*.

É o voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0192138-6

HC 332.330 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00058117120138210018 00291546820148217000 01821300026420 1821300026420
291546820148217000 58117120138210018 70058365917

EM MESA

JULGADO: 19/11/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES 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	: SILVIA LETICIA DOS REIS

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 Ribeiro Dantas, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.