



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 377.869 - RS (2016/0291721-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : MEDICI BERCINEI RODRIGUES ZAMBRANO
PACIENTE : FABRICIO FREITAS HEBERLE

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. QUANTUM DE REDUÇÃO. DIVERSIDADE DAS DROGAS. FUNDAMENTO IDÔNEO PARA A DIMINUIÇÃO EM FRAÇÃO DIVERSA DA MÁXIMA. QUANTIDADE UTILIZADA NA PRIMEIRA FASE E DIVERSIDADE NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. POSSIBILIDADE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS DROGAS. CRITÉRIOS IDÔNEOS PARA A FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO E PARA OBSTAR A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. A quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas no tráfico ilícito de entorpecentes.

3. No caso, não comporta reparo a fixação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 na fração de 1/2, porquanto aplicado dentro dos parâmetros legais, afastando-se do máximo em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

virtude da diversidade dos entorpecentes, o que constitui fundamento idôneo.

4. Ressalta-se que não configura *bis in idem* a utilização de fundamentos diversos para exasperar a pena na primeira fase e para arbitrar a fração de redução na terceira fase da dosimetria. Hipótese em que a pena-base afastou-se do mínimo legal com fundamento na quantidade dos entorpecentes e o redutor não foi aplicado na fração máxima com base na diversidade das drogas apreendidas.

5. A valoração negativa da quantidade e diversidade dos entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação de regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso, bem como para obstar a respectiva substituição por medidas restritivas de direitos. Precedentes.

6. *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, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Brasília (DF), 20 de abril de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 377.869 - RS (2016/0291721-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : MEDICI BERCINEI RODRIGUES ZAMBRANO
PACIENTE : FABRICIO FREITAS HEBERLE

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de MEDICI BERCINEI RODRIGUES ZAMBRANO e FABRICIO FREITAS HEBERLE contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Apelação n. 0378686-69.2013.8.21.7000).

Consta dos autos que os pacientes foram condenados, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 3 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, incidente a minorante constante do § 4º do mesmo artigo (e-STJ fls. 315/325).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi parcialmente provido para alterar o regime prisional para inicial semiaberto (e-STJ fls. 430/448), em acórdão assim ementado:

APELAÇÃO. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. APREENSÃO DE MACONHA E COCAÍNA. INCONFORMIDADE DEFENSIVA.

1. AUSÊNCIA DE RESPOSTA À ACUSAÇÃO. Tendo sido oportunizado ao réu a formulação de defesa preliminar anterior ao recebimento da denúncia, o procedimento adotado encontra-se alinhado à lei especial, sendo inviável a sua coexistência com a lei processual comum. Preliminar ventilada pela defesa de F.F.H. afastada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. *DENÚNCIA ANÔNIMA. VALIDADE. O caráter anônimo da denúncia é irrelevante se a situação criminosa denunciada se confirmou com o flagrante, justamente como no caso ora em exame. Precedentes. Preliminar rejeitada.*

3. *PALAVRA DOS POLICIAIS. Os depoimentos dos policiais militares responsáveis pelo flagrante não apresentam distorções de conteúdo, confirmando, de forma uníssona, os dizeres inquisitoriais. Ausência de prova de que os milicianos objetivassem prejudicar, modo espúrio, os acusados.*

4. *DESCCLASSIFICAÇÃO. Irrelevante o fato de se tratar o acusado de usuário de drogas, circunstância que não inviabiliza a condenação deste pelo delito de tráfico de drogas, mesmo porque, como é sabido, nada impede que o agente usuário se dedique ao comércio ilícito justamente para sustentar o vício.*

5. *HEDIONDEZ DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. Muito embora o efeito vinculante do novo posicionamento adotado pela Corte Suprema, o afastamento da hediondez em nada modifica o julgamento nesta instância recursal, pois hábil a influenciar, tão somente, a execução da pena.*

6. *TRÁFICO PRIVILEGIADO. A Corte Suprema firmou o entendimento de que a natureza e a quantidade de droga apreendida devem ser sopesadas como circunstância judicial na pena-base ou na terceira fase da dosimetria penal. Pena redimensionada.*

7. *REGIME CARCERÁRIO. A pena corporal imposta aos recorrentes, primários e de bons antecedentes, autoriza a fixação de modalidade mais branda para o início do cumprimento da pena, não se mostrando proporcional a manutenção do inicial fechado. Regime semiaberto estabelecido.*

8. *SUBSTITUIÇÃO POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITO. Na hipótese, a volumetria da pena, superior a quatro anos de reclusão, impede o benefício.*

PRELIMINARES REJEITADAS. APELOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 1/5), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal aos pacientes, pois manteve a fração do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 em apenas metade, na terceira fase da dosimetria, com base na diversidade de entorpecentes. Aduz que a diversidade não pode ser valorada de forma apartada das espécies apreendidas, sendo que uma delas, a maconha, é substância ilícita de menor potencial lesivo à saúde.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Alega, outrossim, que o regime não pode ser fixado em razão da hediondez do delito, uma vez que o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 foi julgado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Aponta que o regime prisional deve observar as diretrizes do art. 33 do Código Penal, razão pela qual os pacientes fazem jus ao regime aberto.

Assevera, por fim, que os pacientes têm direito ao benefício da substituição da pena, na forma do art. 44 do Código Penal.

Ao final, liminarmente e no mérito, pede que as penas aplicadas aos pacientes sejam reduzidas, mediante aplicação do redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 na fração máxima, além do estabelecimento de regime inicial mais brando e substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 459/461).

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls. 470/478, opinou pelo não conhecimento do writ ou, se conhecido, pela denegação da ordem, conforme a seguinte ementa:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADMISSIBILIDADE. DOSIMETRIA. QUANTIDADE DAS DROGAS VALORADA EM UMA FASE E QUALIDADE OU NATUREZA, EM OUTRA. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. EXACERBAÇÃO DA PENA-BASE E FRAÇÃO DE DESCONTO EM RAZÃO DA APLICAÇÃO DA MINORANTE DEVIDAMENTE FUNDAMENTADAS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. REGIME MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS QUE NÃO SE MOSTRA ADEQUADA. REVISÃO. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA.

1. É inadmissível a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso especial.

2. “Hipótese em que a Corte a quo sopesou a natureza das drogas apreendidas na primeira etapa da dosimetria (cocaína e crack) e a suas quantidades na terceira fase, não se verificando, portanto, o alegado bis in idem, nos termos da jurisprudência desta Corte (precedentes).”(HC 370726/RS, REL. MIN. RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJE 09/11/2016, grifos adicionados)

3. “A determinação do regime inicial de cumprimento da pena deve



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

levar em conta dois fatores: (a) o quantum da reprimenda imposta (CP, art. 33, § 2º); e (b) as condições pessoais do condenado (CP, art. 33, § 3º) estabelecidas na primeira etapa da dosimetria (CP, art. 59 c/c art. 33 § 3º). Sob essa perspectiva, não há ilegalidade na decisão que aumenta a pena-base em decorrência da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e estabelece o regime inicial mais grave, como medida necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime.” (HC 124250/SP, REL. MIN. TEORI ZAVASCKI, SEGUNDA TURMA, DJE 17/12/2014, grifei)

4. A negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, por seu turno, é imperiosa, considerando-se que a a pena-base restou fixada acima do mínimo legal, já que as circunstâncias judiciais foram desfavoráveis, seguindo orientação do Excelso Supremo Tribunal Federal plasmada no seguinte excerto, verbis: “A valoração negativa das circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal obsta a substituição da pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos. Precedentes: RHC 118.405, Segunda Turma, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 27.02.14; HC 114.171, Segunda Turma, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 04.10.13; RHC 115.227, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 14.08.13; RHC 114.715, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 08.08.13.[...]” (HC 120994/SP, REL. MIN. LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJE 15.05.2014, sem grifos no original)

5. Parecer pelo não-conhecimento writ. Se conhecido, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 377.869 - RS (2016/0291721-3)

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, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Busca-se, em síntese, o reconhecimento de constrangimento ilegal na aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 em apenas metade, na fixação do regime inicial semiaberto e na negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Quanto à suposta ilegalidade no critério de aplicação do redutor previsto no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

§ 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, prescreve o art. 42 do mesmo estatuto que "O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

Dessa forma, a quantidade, a natureza e a diversidade de entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas no tráfico ilícito de entorpecentes.

No caso, o Juízo sentenciante fixou as penas-base dos pacientes em patamares superiores ao mínimo legal com fulcro na quantidade dos entorpecentes apreendidos – 41,07g de maconha e 21,34g de cocaína – e, reconhecendo a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, reduziu as penas em metade com base na diversidade das drogas, cujos fundamentos seguem transcritos (e-STJ fls. 323/324):

[...] As circunstâncias são desfavoráveis, uma vez tratar-se de tráfico de significativas quantidades de droga. [...] Com base nessas balizadoras, considerando o grande intervalo entre o mínimo e o máximo cominados, fixo as penas-base para cada um dos réus em seis anos de reclusão e seiscentos dias-multa.

[...]

Pela minorante reconhecida, considerando a variedade de drogas, reduzo as reprimendas em metade, ficando cada réu definitivamente condenado a três anos de reclusão e trezentos dias-multa.

O Tribunal *a quo* manteve as penas estabelecidas na sentença, conforme segue (e-STJ fls. 446/447):

Em se tratando do delito de tráfico de drogas, impõe a legislação especial, em seu artigo 42", que, na fixação da pena, o julgador deverá considerar os vetores tangentes à natureza e à quantidade do entorpecente, os quais incidirão de forma preponderante às demais circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal.

Neste ponto, ratifico a posição da sentença que, em atenção ao artigo 42 da Lei Especial, considerou a quantidade dos entorpecentes - 41,07g de maconha e 21,34g de cocaína - como critério exasperador, elevando a sanção basilar em um ano.

[...]

Sendo os recorrentes primários e sem qualquer antecedente em seu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desfavor e não havendo qualquer elemento a demonstrar que integrassem organização criminosa ou se dedicassem a atividades criminosas, fazem, de fato, jus à minorante reconhecida na sentença combatida. E, considerando que a legislação especial não estabeleceu os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior fração indicadas para a incidência do § 4º do artigo 33, da Lei de Tóxicos, no caso concreto, devem ser sopesadas, para a atribuição do quantum de redução, a natureza e a quantidade da droga.

Assim, no caso em apreço, considerando a diversidade de droga apreendida - maconha e cocaína mantenho a redução operada na decisão guerreada, na fração de 1/2, restando conformada a sanção ali estabelecida, de 03 anos de reclusão, proporcional à dimensão da infração praticada, conclusão que se estende à multa.

Portanto, não comporta reparo a fixação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 na fração de 1/2, porquanto aplicado dentro dos parâmetros legais, afastando-se do máximo em virtude da diversidade dos entorpecentes, o que constitui fundamento idôneo.

Ressalta-se, por oportuno, que não configura *bis in idem* a utilização de fundamentos diversos para exasperar a pena na primeira fase e para arbitrar a fração de redução na terceira fase da dosimetria. Com efeito, as penas-base afastaram-se do mínimo legal com fundamento na quantidade dos entorpecentes e o redutor não foi aplicado na fração máxima com base na diversidade das drogas apreendidas.

Sobre o tema, segue a jurisprudência desta Corte:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. NATUREZA DAS DROGAS. AUMENTO DA PENA-BASE. QUANTIDADE. AFASTAMENTO DO REDUTOR. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME PRISIONAL. ADEQUAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CRITÉRIO OBJETIVO. NÃO PREENCHIMENTO. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

4. Não se admite, segundo reiterada jurisprudência dos Tribunais Superiores, a utilização, concomitante, da natureza e da quantidade da droga para elevar a pena-base e para modular a fração de redução do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

5. Esta Corte Superior, ao acompanhar o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, no ARE 666.334/MG (Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014),



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tem decidido que a dupla valoração da natureza e da quantidade da droga, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, caracteriza bis in idem.

6. Hipótese em que a Corte a quo sopesou a natureza das drogas apreendidas na primeira etapa da dosimetria (cocaína e crack) e a suas quantidades na terceira fase, não se verificando, portanto, o alegado bis in idem, nos termos da jurisprudência desta Corte (precedentes).

[...]

8. Ordem não conhecida. (HC 370.726/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 9/11/2016).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06 EM PATAMAR INFERIOR AO MÁXIMO. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. MOTIVOS DIVERSOS. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO. JUÍZO DAS EXECUÇÕES.

1. Não há falar em bis in idem na dosimetria da pena, haja vista que a exasperação da pena-base em 1/4 deu-se em razão da variedade das substâncias entorpecentes apreendidas - crack, cocaína e maconha - e a redução da reprimenda em apenas 1/3 em razão da incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, por sua vez, deu-se em razão da expressiva quantidade de drogas - quase 1 kg -, motivos diversos, pois.

2. O regime inicial fechado foi fixado com base, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

3. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal. (HC 312.818/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 9/3/2015).

Em relação ao regime prisional e à pretendida substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, o Tribunal *a quo* abrandou o regime para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inicial semiaberto e manteve a negativa de substituição pelos seguintes fundamentos (e-STJ fl. 447):

Por fim, posiciono-me por acolher o pedido subsidiário de alteração do regime carcerário, pois a pena corporal imposta aos réus, primários e de bons antecedentes, autoriza a fixação de modalidade mais branda para o início do cumprimento da pena, não se mostrando proporcional a manutenção do inicial fechado, assim como, diante das circunstâncias do crime, não o seria o aberto, razão pela qual estabeleço, neste passo, o regime inicial semiaberto, com fulcro no artigo 33, § 2º, "b", contrário senso, do Código Penal.

Confirmo, por fim, a conclusão da sentença para indeferir a aplicação do disposto no art. 44, do Código Penal, por força do contido em seu inciso III, impossível a substituição por penas restritivas de direito uma vez que as circunstâncias desfavoráveis do crime, identificadas na dosimetria, não indicam seja esta suficiente e adequada a cumprir as funções do apenamento.

No ponto, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a valoração negativa da quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação de regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso, bem como para obstar a respectiva substituição por restritivas de direitos. Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO. NÃO CABIMENTO. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. QUANTIDADE E VARIEDADE DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE.

[...]

2. Justificado o quantum de redução pela minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em razão da qualidade e diversidade das drogas apreendidas, descabe falar em flagrante constrangimento ilegal a ser sanado, ainda mais quando a fração de redução aplicada "fica indene ao crivo do habeas corpus, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório (HC 321.624/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2015, DJe 03/08/2015).

3. Caso em que a incidência daquela minorante no patamar de 1/3



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decorreu da quantidade e da natureza da droga apreendida (55 porções de cocaína e maconha), inexistindo ilegalidade patente a ser reparada na via estreita do mandamus.

4. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar o disposto no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

5. A despeito de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis e de a pena ter sido fixada em 3 anos e 4 meses de reclusão, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas em poder do paciente, também utilizadas para o fim de fixar o regime prisional, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, admitem o cumprimento inicial da sanção no regime semiaberto.

6. A Suprema Corte, no HC n. 97.256/RS, também passou a admitir a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, no termos do art. 44 do Código Penal.

7. A jurisprudência desta Corte tem entendido que a natureza, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas podem interferir na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (AgRg na Rcl 21.663/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/11/2014, DJe 05/12/2014).

8. In casu, a Corte estadual, sem se alinhar àquela orientação pretoriana, valeu-se, também, da quantidade (55 invólucros) e da natureza da droga (cocaína e maconha) para vedar a substituição pretendida.

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena. (HC 296.069/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe 11/9/2015).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NÃO CONHECIMENTO.

1. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Mantido o regime inicial fechado e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos pelo Tribunal de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, em especial a quantidade e a natureza da droga apreendida - 25,5 g de cocaína - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

3. Habeas corpus não conhecido. (HC 321.231/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 11/9/2015).

Na espécie, embora os pacientes sejam primários, condenados a penas privativas de liberdade não superiores a 4 anos de reclusão, a quantidade e a diversidade das drogas, ponderadas de forma negativa na dosimetria das penas, justificam a o regime inicial semiaberto e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Em hipóteses análogas decidiu esta Corte:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICABILIDADE. FRAÇÃO MÍNIMA. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. DESPROPORCIONALIDADE. READEQUAÇÃO. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO SUBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

5. Valorada negativamente uma das circunstâncias judiciais (a diversidade de entorpecentes apreendidos), o regime inicial semiaberto (imediatamente mais grave segundo o quantum da sanção aplicada) é o cabível para o cumprimento da pena de 3 anos, 2 meses e 15 dias de reclusão (art. 33, caput, § 4º, c/c o art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006), nos exatos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

6. A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não se mostra suficiente, pela falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP), uma vez que desfavoráveis as circunstâncias do crime.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 1/2, ficando a reprimenda final da paciente em 3 anos, 2 meses e 15 dias de reclusão mais 291 dias-multa. (HC 371.101/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 19/12/2016).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...] REGIME INICIAL SEMIABERTO. GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME. VOLUME DE ENTORPECENTE APREENDIDO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

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, não se pode considerar ilegal o regime inicial semiaberto, pois, não obstante a reprimenda final tenha sido reduzida para patamar inferior a 04 (quatro) anos, a gravidade concreta do crime, evidenciada pela quantidade de entorpecentes apreendidos, justifica a manutenção do modo intermediário. Precedentes.

SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. NÃO PREENCHIMENTO. REPROVABILIDADE DO DELITO.

1. A substituição da sanção reclusiva por restritivas de direito mostra-se possível quando encontram-se atendidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

2. No presente caso, não se encontram preenchidos os pressupostos necessários à conversão da pena privativa de liberdade, haja vista as circunstâncias do crime noticiado.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de reduzir a pena para 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão e pagamento de 375 (trezentos e setenta e cinco) dias-multa. (HC 355.746/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 9/8/2016).

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

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0291721-3

HC 377.869 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 02917213620163000000 03121300000907 03786866920138217000 2917213620163000000
3121300000907 377869 3786866920138217000 70056540594

EM MESA

JULGADO: 20/04/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS	:	RAFAEL RAPHAELLI - RS032676 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE	:	MEDICI BERCINEI RODRIGUES ZAMBRANO
PACIENTE	:	FABRICIO FREITAS HEBERLE
CORRÉU	:	DANIEL MARINHO VIEIRA

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, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Mussi.