



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 416.545 - RS (2017/0237246-2)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : GUILHERME GEWEHR E OUTRO
ADVOGADOS : GUSTAVO GEWEHR - RS044300
GUILHERME GEWEHR - RS054048
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : VALMIR GUZZON (PRESO)
PACIENTE : JESSICA LORENA PENA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE REDUÇÃO DAS PENAS-BASE. INVIABILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PEDIDO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE OS PACIENTES DEDICAM-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE, VARIEDADE E NOCIVIDADE DAS DROGAS, VALORADAS NA PRIMEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA, QUE ENSEJAM A NECESSIDADE DO REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

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

– A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

– Não havendo o acórdão recorrido analisado o tema relativo à fixação da pena-base do delito de tráfico de entorpecentes, não pode esta Corte apreciar a matéria, sob pena de indevida supressão de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

instância. Precedentes.

– Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.

– A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas para embasar a não incidência da minorante do privilégio, quando, juntamente com as circunstâncias do delito, evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

– Na espécie, infere-se que o Tribunal de origem conferiu legalidade ao não reconhecimento do privilégio, ao destacar que a quantidade, a variedade e a natureza nociva dos entorpecentes apreendidos (maconha, cocaína e *crack*), afora os antecedentes de um dos pacientes, aliadas às circunstâncias em que ocorreu o delito, indicativas do tráfico habitual, são elementos que permitem concluir que há dedicação às atividades criminosas. Modificar tal entendimento importa revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do writ. Precedentes.

– O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 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.

– Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719 do STF.

– O Tribunal local fundamentou a necessidade do regime mais gravoso com lastro na gravidade concreta do delito, evidenciada pela quantidade elevada e nociva dos entorpecentes apreendidos, elemento que, inclusive, foi valorado na primeira etapa da dosimetria da pena. Inteligência do art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

– *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de novembro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 416.545 - RS (2017/0237246-2)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : GUILHERME GEWEHR E OUTRO
ADVOGADOS : GUSTAVO GEWEHR - RS044300
GUILHERME GEWEHR - RS054048
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : VALMIR GUZZON (PRESO)
PACIENTE : JESSICA LORENA PENA (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de VALMIR GUZZON e JESSICA LORENA PENA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no julgamento da Apelação n. 0036815-93.2017.8.21.7000.

Consta dos autos que os pacientes foram condenados, em primeiro grau de jurisdição, pela prática dos delitos previstos no art. 33, *caput*, e art. 35, *caput*, ambos da Lei n. 11.343/2006, às penas de 8 anos e 3 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 1.100 dias-multa (Jessica Lorena Pena) e 8 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 1.100 dias-multa (Valmir Guzzon), conforme sentença juntada aos autos às fls. 26/40.

Irresignada, a defesa interpôs apelação e o Tribunal *a quo* proveu o recurso para afastar a condenação pelo delito de associação para o tráfico de drogas, resultando em penas de reclusão de 5 anos e 6 meses, para o paciente Valmir; e 5 anos e 3 meses, para a paciente Jessica, nos termos do acórdão de fls. 13/25, cuja ementa se transcreve:

APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS.

ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA PARA O TRÁFICO DE DROGAS. SUFICIÊNCIA PROBANTE DO CRIME DO ART. 33, CAPUT, DA LEI DE DROGAS, MAS ABSOLVIÇÃO PELO CRIME DO ART.35, CAPUT, DO MESMO ÉDITO LEGAL.

Tráfico de drogas. Os increpados foram flagrados com expressiva quantidade de drogas dentro de sua residência, que segundo as investigações teria destino comercial, o que retira qualquer dúvida quanto à subsunção da conduta dos denunciados ao tipo penal do delito da traficância. Eventual condição de dependente de drogas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de um dos réus não exime os acusados do tráfico, eis que, sabe-se, uma circunstância não afasta a outra, pelo contrário, é usual que o viciado em drogas também trafique, até para sustentar o seu vício. Associação criminosa para tráfico de drogas. No que tange ao delito previsto no art. 35, caput, da lei de Tóxicos, inviável a condenação dos acusados, pois não restou provado pelo conjunto probante qualquer tipo de associação para a traficância, já que não é possível vislumbrar, nitidamente que ambos tinham o desiderato finalístico de estabelecer uma sociedade voltada à prática do comércio espúrio.

Da dosimetria da pena. Na fixação da pena definitiva, inviável a aplicação da figura privilegiadora do §4º do art. 33 da Lei de Tóxicos a ambos os recorrentes. Ao passo que o réu Valmir Guzzon registra antecedentes criminais, as circunstâncias em que praticado o delito impedem a concessão do benefício à Jéssica Lorena Pena. Não se pode desprezar que a diversidade e quantidade de drogas apreendidas junto aos acusados (um invólucro de substância entorpecente, vulgarmente conhecida como 'cocaína', pesando aproximadamente 50,9g, uma pedra de substância entorpecente vulgarmente conhecida como 'crack', pesando aproximadamente 24,7g, uma embalagem contendo substância entorpecente vulgarmente conhecida como 'maconha', pesando aproximadamente 0,6g, e um invólucro de substância entorpecente vulgarmente conhecida como 'cocaína', pesando aproximadamente 27g), concluindo-se que ambos não são iniciantes na empreitada criminosa. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Na presente impetração, a defesa sustenta que haver constrangimento ilegal na fixação da pena-base acima do mínimo legal, bem como no afastamento da incidência, no caso, do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, aos fundamentos de que a quantidade de drogas apreendidas era pequena e de que os pacientes preenchem todos os requisitos para a aplicação da benesse.

Ao final, aponta constrangimento ilegal na fixação de regime inicial mais gravoso, tendo em vista a aplicação à hipóteses do disposto nos enunciados 440 da Súmula desta Corte e 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Diante disso, pede, liminarmente e no mérito, a realização de nova dosimetria da pena, reduzindo-se o aumento da pena-base e aplicando-se o redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com a fixação de regime inicial semiaberto.

Pedido liminar indeferido (fls. 44/46).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela denegação da ordem, caso conhecida (fls. 50/54).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 416.545 - RS (2017/0237246-2)

VOTO

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

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpra analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Quarta Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora os impetrantes não tenham adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa dos pacientes, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Como já consignado no relatório, busca a defesa a redução da pena-base e a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, sob o argumento de que os pacientes atendem aos requisitos legais. Em decorrência do redimensionamento da pena, requer o abrandamento do regime prisional.

Como é cediço, no tocante à dosimetria da pena, sabe-se que a sua revisão, na via do *habeas corpus*, é possível somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC 304083/PR, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 12/3/2015).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na espécie, o sentenciante estabeleceu as penas dos pacientes, em relação ao delito de tráfico de entorpecentes, com lastro na seguinte fundamentação (fls. 34/37):

Ré Jéssica Lorena

No que tange à culpabilidade, a conduta delitiva do réu não excedeu à habitualidade. A acusada não registra antecedentes, conforme depreende-se da certidão acostada aos autos (fl. 170). Não há elementos nos autos que desabonem a conduta social da ré. Quanto à personalidade do agente, sem tons dissonantes. Os motivos do crime são normais à espécie. As circunstâncias extrapolam a normalidade do delito perpetrado, tendo em vista que a quantidade apreendida, bem como a droga comercializada (crack, cocaína e maconha), possui alto poder viciante, razão pela qual é necessária a reprovação mais acentuada em comparação ao comércio de outras drogas menos lesivas. As consequências, nefastas aos usuários e seus familiares, já estão englobadas na reprovabilidade do tipo penal. Não há que se falar em comportamento da vítima, uma vez que inexistente.

Desta maneira, analisadas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, fixo a pena-base em 05 (cinco) anos e 03 (três) meses de reclusão.

Ausentes circunstâncias atenuantes ou agravantes, mantenho a pena provisória em 05 (cinco) anos e 03 (três) meses de reclusão.

Não havendo causas de aumento ou diminuição de pena, torno definitiva a penalidade em 05 (cinco) anos e 03 (três) meses de reclusão.

Pelo exame das circunstâncias judiciais já analisadas isoladamente, bem como pela ausência de meios de aferição da situação financeira do réu, fixo a pena de multa em 600 (seiscentos) dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente à época do fato.

(...)

Réu Valmir Guzzon:

No que tange à culpabilidade, a conduta delitiva do réu não excedeu à habitualidade. O acusado registra antecedentes pelo processo n.º 036/2.07.0002613- 3, conforme depreende-se da certidão acostada aos autos (fls. 171/172). Não há elementos nos autos que desabonem a conduta social do réu. Quanto à personalidade do agente, sem tons dissonantes. Os motivos do crime são normais à espécie. As circunstâncias extrapolam a normalidade do delito perpetrado, tendo em vista que a quantidade apreendida, bem como a droga comercializada (crack, cocaína e maconha), possui alto poder viciante, razão pela qual é necessária a reprovação mais acentuada em comparação ao comércio de outras



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

drogas menos lesivas. As consequências, nefastas aos usuários e seus familiares, já estão englobadas na reprovabilidade do tipo penal. Não há que se falar em comportamento da vítima, uma vez que inexistente.

Desta maneira, analisadas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, fixo a pena-base em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Ausentes circunstâncias atenuantes ou agravantes, mantenho a pena provisória em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Não havendo causas de aumento ou diminuição de pena, torno definitiva a penalidade em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Pelo exame das circunstâncias judiciais já analisadas isoladamente, bem como pela ausência de meios de aferição da situação financeira do réu, fixo a pena de multa em 600 (seiscentos) dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente à época do fato.

O Tribunal local, ao dar parcial provimento ao apelo defensivo, absolveu os pacientes da imputação do delito de associação para o tráfico, mas manteve íntegra a condenação quanto ao tipo do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Na ocasião, em relação à dosimetria, a defesa pleiteou apenas o reconhecimento da confissão e do tráfico privilegiado em favor dos pacientes, havendo o acórdão recorrido assentado que (fls. 22/23):

Do pedido de revisão da pena aplicada.

Na fixação da pena provisória, os réus clamam pelo reconhecimento da atenuante da confissão espontânea.

Ora, imperioso reconhecer que a essência da previsão legal fundamenta-se como providência de política criminal que possui a finalidade de “beneficiar” o indivíduo que contribui para a apuração do delito e auxilia na busca pela verdade dos fatos, conferindo-se maior credibilidade às decisões proferidas na seara criminal. Em outras palavras, trata-se da aplicação de princípio sufragado no âmbito processual penal – busca da verdade real ou verdade substancial, disposto no art. 566 do CPP –, cujo fundamento, em síntese, remonta em adotar todas as providências cabíveis para descobrir como os fatos realmente ocorreram, conferindo-se efetividade ao direito de punir do Estado.

Nesta senda, verifica-se que ambos os acusados não admitiram lisamente a prática da traficância, tendo apenas admitido que Jessica era usuária de entorpecentes, não havendo admissão da destinação comercial das drogas. Nesse panorama, mostra-se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inviável o reconhecimento desta circunstância atenuante, na medida em que o acusado não admitiu o dolo específico do tráfico de drogas. Indeferido, portanto, o pedido de reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, fulcro no art.65, inciso III, letra “d” do Código Penal.

Na fixação da pena definitiva, inviável a aplicação da figura privilegiadora do §4º do art. 33 da Lei de Tóxicos a ambos os recorrentes.

Ao passo que o réu Valmir Guzzon registra antecedentes criminais, as circunstâncias em que praticado o delito impedem a concessão do benefício à Jéssica Lorena Pena. Não se pode desprezar que a diversidade e quantidade de drogas apreendidas junto aos acusados (um invólucro de substância entorpecente, vulgarmente conhecida como ‘cocaína’, pesando aproximadamente 50,9g, uma pedra de substância entorpecente vulgarmente conhecida como ‘crack’, pesando aproximadamente 24,7g, uma embalagem contendo substância entorpecente vulgarmente conhecida como ‘maconha’, pesando aproximadamente 0,6g, e um invólucro de substância entorpecente vulgarmente conhecida como ‘cocaína’, pesando aproximadamente 27g), aptos a demonstrarem que ambos não são iniciantes na empreitada criminoso.

De pronto, consigne-se que a matéria relativa à fixação da pena-base não foi objeto do recurso interposto pela defesa, que buscou apenas o reconhecimento da confissão e do tráfico privilegiado em benefício dos acusados.

Assim, não tendo o acórdão recorrido, consoante se verifica às fls. 22/23, analisado o tema relativo à fixação da pena-base, não pode esta Corte apreciar a matéria, sob pena de indevida supressão de instância.

Por oportuno, destaco que, *embora o recurso de apelação devolva ao Juízo ad quem toda a matéria objeto de controvérsia, o seu efeito devolutivo encontra limites nas razões aventadas pelo recorrente, em homenagem ao princípio da dialeticidade, que rege os recursos no âmbito do Processo Penal, por meio do qual se permite o exercício do contraditório pela parte adversa, garantindo-se, assim, o respeito ao cânone do devido processo legal (HC n. 185.775/RJ, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 1º/8/2013).*

A propósito:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO QUALIFICADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. DOLO ESPECÍFICO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO DEMONSTRADA. COTEJO ANALÍTICO. NECESSIDADE. ROUBO. DOLO DEMONSTRADO. CORRUPÇÃO DE MENORES. DELITO FORMAL. SÚMULA 500/STJ. DOSIMETRIA. CONCESSÃO DE OFÍCIO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONCURSO FORMAL DE CRIMES. CARACTERIZADO. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS. INCABÍVEL. REGIMENTAL IMPROVIDO.

(...)

5. A impugnação à dosimetria fixada na origem não foi discutida na instância antecedente, não podendo ser reconhecida de ofício ilegalidade sobre a qual sequer se pronunciou o Tribunal a quo, sob pena de indevida supressão de instância.

(...)

7. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 844.616/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/10/2017, DJe 23/10/2017) - grifei.

Prosseguindo, busca a defesa o reconhecimento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, sob o fundamento de que os pacientes atendem aos requisitos legais.

Como é cediço, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.

Contudo, na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o *quantum* da redução retromencionada, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

Na espécie, observa-se que houve fundamentação concreta quando do não reconhecimento do tráfico privilegiado, pois, além de o paciente Valmir registrar antecedentes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminais, o acórdão recorrido assentou que os pacientes dedicam-se às atividades criminosas, ante a quantidade elevada, variada e nociva das drogas apreendidas (77,9g de cocaína, 24,7g de crack e 0,6g de maconha) e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito, indicativas do tráfico habitual, elementos aptos a justificar o afastamento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Portanto, em razão das circunstâncias fáticas colhidas nos autos, o Tribunal local reconheceu que os pacientes dedicam-se às atividades criminosas, o que afasta a figura do tráfico privilegiado, de modo que alterar tal entendimento importa em revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do *habeas corpus*.

Nessa linha:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DAS DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. A aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 depende do convencimento do Magistrado, de que o apenado, primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades delituosas nem integre organização criminosa. In casu, o entendimento registrado na origem está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior, firmada no sentido de que a considerável quantidade, a variedade e a natureza das drogas apreendidas, pressupõe a dedicação à atividade criminosa, revelando-se suficiente a afastar a aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

3. A reforma do entendimento das instâncias ordinárias quanto à dedicação dos pacientes às atividades criminosas constitui matéria



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que refoge ao restrito escopo do habeas corpus, porquanto demanda percuciente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

(...)

Habeas corpus não conhecido. (HC 375.681/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 24/02/2017) - grifei.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. PLEITO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE, VARIEDADE E NOCIVIDADE DAS DROGAS, VALORADAS NA TERCEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA, QUE ENSEJAM A NECESSIDADE DO REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. INVIABILIDADE. MONTANTE DA PENA QUE NÃO COMPORTA O BENEFÍCIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- 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.

- Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

- A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas para embasar a não incidência da minorante do privilégio, quando, juntamente com as circunstâncias do delito, evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Na espécie, infere-se que o Tribunal de origem conferiu legalidade ao não reconhecimento do privilégio, ao destacar que a quantidade, a variedade e a natureza nociva dos entorpecentes apreendidos (maconha, cocaína e crack), aliadas às circunstâncias em que ocorreu o delito, indicativas do tráfico habitual, são elementos que permitem concluir que há dedicação às atividades criminosas. Modificar tal entendimento importa revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do writ. Precedentes.

(...)

- Habeas corpus não conhecido. (HC 411.017/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2017, DJe 21/09/2017) - grifei.

Em relação ao regime prisional, sabe-se que 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.

Dessa forma, para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:

Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Nesse mesmo sentido, as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, *in verbis* :

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

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Na espécie, o acórdão recorrido manteve o regime inicial mais gravoso com lastro na seguinte fundamentação (fl. 24):

Por fim, em relação ao regime de cumprimento de pena, entendo que as circunstâncias do caso demandam a fixação de regime de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cumprimento de pena mais rigoroso (fechado). O entendimento coaduna-se aos termos do art.59 do CP e especialmente o critério consignado no art.42 da Lei 11.343/06, que assim prevê: “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”. A volumetria e diversidade dos entorpecentes, aliado à informação de as drogas já eram comercializadas há no mínimo um ano, não recomendam a fixação de regime de cumprimento de pena mais liberal, razão pela qual penso que a fixação de regime fechado mostra-se mais recomendável à repressão e prevenção do crime em questão.

Da leitura do excerto acima transcrito, observa-se que a necessidade do regime inicial fechado encontra-se alicerçada na gravidade concreta do delito, evidenciada pela quantidade elevada, variada e nociva das drogas apreendidas (77,9g de cocaína, 24,7g de crack e 0,6g de maconha), que, inclusive, justificaram a fixação da pena-base dos pacientes acima do mínimo legal, *decisum* que se alinha ao disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal e no art. 42 da Lei n. 11.434/2006.

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. RACIONALIZAÇÃO DA UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO HEROICO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NATUREZA DE DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO DO SUPORTE FÁTICO-PROBATÓRIO NA VIA ESTREITA DO WRIT. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS.

(...)

6. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES em 27/6/2012, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe conferiu a Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados.

7. Nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

magistrado deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e, em se tratando dos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como no caso, deverá levar em conta a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

8. Caso em que o Tribunal de origem estabeleceu o regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda com fundamento na quantidade de substância entorpecente apreendida - 1.977,1g (mil, novecentos e setenta e sete gramas e um decigrama) de cocaína em pó.

9. Habeas corpus não conhecido. (HC 361.912/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 16/12/2016) - grifei.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE CONSIDERÁVEL DA DROGA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL E NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM QUE O PACIENTE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E NÃO EXCEDENTE A 8 ANOS. SUBSTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. QUANTUM SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

- 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.

- Contudo, no caso, tendo a pena-base sido fixada acima do mínimo legal com base na natureza e expressiva quantidade de entorpecentes apreendidos, o regime mais gravoso que a pena comporta está devidamente motivado.

(...)

- Habeas corpus não conhecido. (HC 370.930/RS, deste Relator, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 25/11/2016) - grifei.

Ante o exposto, inexistindo coação ilegal a ensejar a atuação *ex officio*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desta Corte, **não conheço do *habeas corpus***, pois manifestamente incabível na espécie.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0237246-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 416.545 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00044936720168210044 04421600018601 4421600018601 44936720168210044
70072727001

EM MESA

JULGADO: 14/11/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : GUILHERME GEWEHR E OUTRO
ADVOGADOS : GUSTAVO GEWEHR - RS044300
GUILHERME GEWEHR - RS054048
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : VALMIR GUZZON (PRESO)
PACIENTE : JESSICA LORENA PENA (PRESO)

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, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.