



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 366.394 - SP (2016/0210550-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PAULA HUNGRIA AAGAARD
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO CESAR DA SILVA

EMENTA

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

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedente.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ART. 33, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/06). CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. QUANTIDADE, NATUREZA E VARIEDADE DA DROGA APREENDIDA. MITIGAÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP e, com preponderância, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

2. Inexiste ilegalidade na manutenção do redutor no patamar de 1/6 (um sexto), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei n. 11.343/06 e 59 do CP, dado o volume, a natureza e a variedade dos entorpecentes apreendidos.

REGIME PRISIONAL. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/2007. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI N. 11.464/2007. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE MODO DIVERSO DO FECHADO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA A JUSTIFICAR O REGIME MAIS GRAVOSO.

FAVORABILIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

59 DO CP. COAÇÃO ILEGAL CARACTERIZADA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, com a redação que lhe foi conferida pela Lei 11.464/2007, que estabelecia o modo inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos delitos hediondos cometidos após a sua entrada em vigor, o regime prisional para esses tipos de crimes deve agora ser fixado de acordo com o previsto no artigo 33 do Código Penal.

2. No caso dos autos, a Corte de origem manteve o modo inicial fechado baseando-se na previsão contida na hediondez e na suposta gravidade do crime, a despeito de a reprimenda ter sido estabelecida em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão.

3. Entretanto, afastado o fundamento relativo à hediondez do delito e tendo em vista que a gravidade do ilícito não justifica a manutenção do modo fechado, considerando ainda a primariedade do paciente, a favorabilidade das circunstâncias judiciais e a fixação da pena-base no mínimo legal, imperiosa a alteração para o regime inicial semiaberto.

REPRIMENDA RECLUSIVA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PENA DEFINITIVA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. IMPOSSIBILIDADE. BENEFÍCIO OBJETIVAMENTE INVIÁVEL.

1. A substituição da sanção reclusiva por restritivas de direito é possível quando se encontram preenchidos os requisitos subjetivo e objetivo previstos no art. 44 do Código Penal.

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

3. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício de ofício, a fim de alterar o regime inicial para o semiaberto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Brasília (DF), 06 de dezembro de 2016. (Data do Julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO FELIX FISCHER
Presidente

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 366.394 - SP (2016/0210550-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PAULA HUNGRIA AAGAARD
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO CESAR DA SILVA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de PAULO CESAR DA SILVA contra acórdão proferido pela 2ª Câmara Extraordinária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento à Apelação n. 0072286-35.2014.8.26.0050, mantendo a condenação à pena de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso na sanção do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, corrigindo erro material quanto ao pagamento da pena pecuniária que corresponde a 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa .

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que deveria ser aplicada a causa de diminuição especial do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, em seu patamar máximo, não podendo a quantidade ou a natureza dos entorpecentes apreendidos mitigar a aplicação da benesse.

Defende que o regime inicial deveria ser abrandado, mormente em razão da declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90.

Aponta ser possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, haja vista o atendimento dos pressupostos do art. 44 do CP.

Requer a concessão da ordem constitucional para que seja aplicada a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, alterado o modo prisional para o semiaberto/aberto e substituída a pena privativa pela restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem de ofício, para aplicar o redutor na fração de 1/2 (metade) e estabelecer o regime inicial semiaberto.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 366.394 - SP (2016/0210550-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105 da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

A propósito:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. INCOMPETÊNCIA DA TURMA RECURSAL. TESE DEFENSIVA NÃO ENFRENTADA PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

[...]

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no RHC 64.784/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 24/08/2016)

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, porque:

[...] no dia 14 de agosto de 2014, por volta das 10 horas e 14 minutos, na Rua Lira Cearense, nº 288, Viela Javeshalom, Campo Limpo, nesta Capital, PAULO CÉSAR DA SILVA, qualificado a fls. 17/21, trazia consigo drogas consistentes em 45,5 g (quarenta e cinco gramas e cinco decigramas) de_ - cannabis sativa L, popularmente conhecida como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

maconha, subdividida em 34 (trinta e quatro) porções, 7,6 g (sete gramas e seis decigramas) de cocaína em pedra, popularmente conhecida como crack, dividida em 36 (trinta e seis) pedras e 68,8 g (sessenta e oito gramas e oito decigramas) de cocaína em pó, acondicionada em 172 (cento e setenta e dois) supositórios, conforme Boletim de Ocorrência de fls. 08/10, Auto de Exibição e Apreensão de fls. 11/12 e Laudo de Constatação de fls. 15/16, isso sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, além de R\$ 32,00 (trinta e dois reais) em espécie.(e-STJ fl. 17)

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação perante a Corte de origem, a qual lhe negou provimento, apenas corrigindo erro material no que se refere à pena pecuniária a ser paga pelo paciente, mantido, no mais, o édito condenatório.

No que tange à aplicação da causa especial de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 em seu grau máximo, o magistrado singular estabeleceu a fração de 1/6 (um sexto), a saber:

Cabível a aplicação do disposto no artigo 33, parágrafo 4º da Lei de Drogas, pelo que diminuo a pena em 1/6, considerando a grande quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos, perfazendo 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e pagamento de 417 (quatrocentos e dezessete) dias-multa, no valor mínimo legal. (e-STJ fl.26)

O Tribunal de origem, ao negar provimento ao pleito defensivo, assim fundamentou a manutenção da fração indicada, *verbis*:

[...] Ausentes agravantes e atenuantes, na derradeira operou-se a redução prevista no art. 33, § 4º, em 1/6. Em que pese a irresignação defensiva, correta a aplicação da fração eleita em razão da natureza e variedade da droga apreendida - cocaína, crack e maconha -, atingindo-se 4 anos, 2 meses de reclusão e 416 dias-multa - e não 417 como constou pecuniária corrigida ex officio, nesta oportunidade, por se tratar de mero lapso matemático. (e-STJ fl. 31)

No tocante aos critérios para a escolha do patamar de diminuição, cumpre destacar que o legislador apontou apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para dirimir entre a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas.

Disciplinando o tema, a doutrina e a jurisprudência firmaram o entendimento de que devem ser consideradas as circunstâncias judiciais - art. 59 do CP - e especialmente o disposto no art. 42 da Lei Antitóxicos, que expressamente ordena 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"*.

In casu, verifica-se que se entendeu devida a redução em 1/6 (um sexto), considerando o montante, diversidade e a natureza das drogas apreendidas.

Por essa razão, não se pode considerar ilegal o acórdão impugnado no ponto em que deixou de aplicar o *quantum* máximo de diminuição, tendo em vista que **a quantidade, a variedade e a natureza dos entorpecentes - 45,5 g (quarenta e cinco gramas e cinco decigramas) de *cannabis sativa* L, popularmente conhecida como maconha, subdividida em 34 (trinta e quatro) porções, 7,6 g (sete gramas e seis decigramas) de cocaína em pedra, popularmente conhecida como crack, dividida em 36 (trinta e seis) pedras e 68,8 g (sessenta e oito gramas e oito decigramas) de cocaína em pó, acondicionada em 172 (cento e setenta e dois) supositórios** (e-STJ fl. 20) - justificam a mitigação inferior ao máximo legalmente previsto.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA.

INEXISTÊNCIA. NATUREZA E QUALIDADE DA DROGA APREENDIDA. REGIME INICIAL FECHADO. NATUREZA DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

3. Não há se falar em ilegalidade no estabelecimento do redutor na fração de 1/5 (um quinto), dada a quantidade e a natureza da droga apreendida, tendo o Tribunal a quo asseverado ter sido a redução, inclusive, benevolente, já que em seu entendimento o paciente não faria jus sequer ao benefício, pois



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"traficava grande quantidade de entorpecente de natureza nefasta, levando a crer que já vinha desenvolvendo atividade ilícita há algum tempo".

[...]

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 372.261/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 10/10/2016)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. FUNDAMENTOS VÁLIDOS PARA A MODULAÇÃO DO ÍNDICE DE REDUÇÃO. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS. CRITÉRIO IDÔNEO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. REQUISITO OBJETIVO. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

2. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.

3. No caso, o Tribunal a quo, dentro do critério de discricionariedade vinculada do julgador na individualização da pena, reduziu a pena em 1/6, com fundamento na quantidade e na natureza da droga apreendida (mais de 80g de crack e mais de 88g de cocaína), o que não se mostra desproporcional.

[...]

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 360.686/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 20/09/2016, DJe 28/09/2016)

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

"No que tange ao regime, correta a fixação do fechado, diante da gravidade concreta da conduta, exaustivamente explanada. Não se ignora que STF reconheceu e declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da Lei nº 8.072/90, art. 2º, § 1º, que instituiu obrigatoriedade do início da pena em regime fechado, no julgamento do HC nº 111.840/ES. Entretanto, a R. Decisão, despida de efeito erga omnes, não retirou, da natureza de delito, a equiparação a hediondo, inclusive reforçada pela Súmula nº 512 do STJ, inexistindo qualquer afronta aos princípios da proporcionalidade e da individualização ou violação às Súmulas nºs 718 e 719, do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

STF e nº 440, do STJ." (e-STJ fl. 32)

Da leitura do excerto acima transcrito, vê-se que, na hipótese, embora a reprimenda do acusado tenha sido estabelecida em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, o Tribunal de origem manteve o modo fechado com esteio na previsão contida no § 1º, do artigo 2º, da Lei 8.072/1990 e na suposta gravidade da conduta.

Acerca do tema, cumpre observar que a nova redação dada ao mencionado dispositivo legal, que estabelecia a obrigatoriedade de cumprimento inicial da pena no modo fechado, nos casos de condenação pelo delito do art. 33 da Lei de Drogas, foi declarada, por maioria de votos e de forma incidental, inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do HC 111.840, da Relatoria do Exmo. Sr. Ministro Dias Toffoli, ocorrido em 27-6-2012, por entender-se que o dispositivo contraria a Constituição Federal, especificamente no ponto que trata do princípio da individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI), devendo o regime prisional, então, ser fixado de acordo com o previsto no art. 33, e seus parágrafos, do Código Penal.

Como sabido, o controle incidental de constitucionalidade, também chamado doutrinariamente de controle por via difusa, por via de defesa, ou por via de exceção, se dá em qualquer instância judicial, por juiz ou tribunal, em casos concretos, comuns e rotineiros, e ocorre quando uma das partes questiona a Justiça sobre a constitucionalidade de determinada norma.

Certo também que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade pela via difusa são restritos ao processo e às partes, e, via de regra, retroagem desde a origem do ato subordinado à inconstitucionalidade da lei/norma assim declarada.

Entretanto, tendo a inconstitucionalidade sido declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, a quem incumbe a interpretação da Constituição Federal, deve ser seguida a orientação dada pela Corte Suprema.

Dessa forma, e considerando-se a declaração de inconstitucionalidade, ainda que por maioria de votos e de forma incidental, da nova redação dada ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 pela Lei 11.464/07, deve o regime prisional ser fixado de acordo com os ditames do art. 33, § 2º e 3º, c/c art. 59 do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, afastado o fundamento relativo à hediondez do crime, e tendo em vista que a gravidade do delito não justifica a imposição do modo prisional mais gravoso, considerando a primariedade do paciente, a favorabilidade das circunstâncias judiciais, com a fixação da pena-base no mínimo legal (e-STJ fl. 26) , imperiosa a sua modificação para o semiaberto, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea *b*, do Código Penal.

Nesse diapasão:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 4 ANOS, 6 MESES E 2 DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO. PLEITO DE RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO, PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E NOCIVIDADE DA DROGA APREENDIDA E CIRCUNSTÂNCIAS QUE INDICAM A DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REPRIMENDA MANTIDA. INVIABILIDADE DE APLICAÇÃO DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. REGIME PRISIONAL FECHADO. REFERÊNCIA À HEDIONDEZ E À GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. PRIMARIEDADE E MONTANTE DA PENA QUE ENSEJAM O REGIME INICIAL SEMIABERTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- Hipótese em que o regime fechado foi estabelecido pelo acórdão recorrido com base apenas na hediondez e na gravidade abstrata do delito, evidenciando a ocorrência do constrangimento ilegal alegado pela defesa. Dessa forma, tendo em vista a primariedade do acusado, a análise favorável dos vetores do art. 59 do CP e a pena de 4 anos, 6 meses e 2 dias de reclusão, o regime inicial semiaberto é o que mais se adequa à hipótese, consoante dispõe o art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para modificar o regime inicial de cumprimento da pena para o semiaberto.

(HC 306.019/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 22/06/2016)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO EM SEDE DE APELAÇÃO. REFORMATIO IN PEJUS. INEXISTÊNCIA. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. MODULAÇÃO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FUNDAMENTO IDÔNEO. REGIME INICIAL. ADEQUAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

9. Mantida a condenação nos termos em que foi decidido pela instância ordinária, em patamar superior a 4 anos de reclusão, o regime semiaberto é o adequado à espécie, à luz do art. 33, §§ 2º, b, e 3º, do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

10. É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante do quantum de pena aplicada, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

11. Habeas corpus não conhecido.

(HC 307.281/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/06/2016, DJe 21/06/2016)

Quanto à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não há falar em constrangimento ilegal a ser sanado através da via eleita, pois a pena restou estabelecida definitivamente em patamar superior a 4 (quatro) anos, pelo que inviável a permuta, visto que não preenchido o requisito objetivo exigido pelo art. 44 do CP.

Nesse norte, os seguintes precedentes, deste Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO FIXADA EM 1/6. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA QUE JUSTIFICAM A FRAÇÃO UTILIZADA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- Tendo em vista o não redimensionamento da pena e mantido o patamar acima de 4 anos, o paciente não faz jus ao regime aberto, conforme disposições do art. 33, § 2º, do Código Penal.

- Não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista que o quantum da pena aplicada supera o limite previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 336.468/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 19/04/2016)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, não se conhece do *writ*, concedendo-se, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, a fim de alterar o regime inicial para o semiaberto, mantidos os demais termos do acórdão impugnado.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0210550-0

HC 366.394 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00722863520148260050 20160000238887 722863520148260050

EM MESA

JULGADO: 06/12/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: PAULA HUNGRIA AAGAARD
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: PAULO CESAR DA SILVA

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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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