



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 479.870 - SP (2018/0308752-4)**

**RELATOR** : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PAULO ARTHUR ARAUJO DE LIMA RAMOS - SP252022  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : MARIANA SANTOS ALMEIDA

### EMENTA

*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06). APLICAÇÃO NA FRAÇÃO DE 1/3. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. REGIME FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PENA TOTAL INFERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS E RÉ PRIMÁRIA. REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA LESIVA DOS ENTORPECENTES. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DO REQUISITO DE ORDEM OBJETIVA PREVISTO NO ART. 44, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL – CP. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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 redutora 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. Nesse contexto, na escolha do *quantum* de redução da pena em razão da incidência do redutor, deve-se levar em consideração a quantidade e a natureza da substância apreendida, por expressa previsão legal (art. 42 da Lei n. 11.343/06).

3. *In casu*, o Tribunal *a quo* fixou o patamar da redução em 1/3 com base em elementos concretos extraídos dos autos, evidenciados pela quantidade, variedade e natureza lesiva das drogas apreendidas – total de 67 porções de *crack* pesando 16,4g; 7 porções de maconha pesando 98,7g e 38 porções de cocaína pesando 32,3g (fl. 30) –, tudo a indicar uma maior reprovabilidade da conduta da paciente.

4. A a reforma do entendimento consignado pela Corte Estadual no que se refere ao *quantum* de redução aplicado constitui matéria que refoge ao restrito escopo do *habeas corpus*, porquanto demanda percuente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

5. Nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta nos arts. 33, §§ 2º e 3º e



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

59, ambos do Código Penal – CP, em conjunto com o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, que determinam a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga.

Na hipótese dos autos, embora a primariedade do paciente e o *quantum* de pena aplicado, inferior a 4 anos, permitem, em tese, a fixação do regime aberto, a gravidade concreta do delito, evidenciada pela quantidade e natureza das drogas apreendidas, justifica a imposição de regime prisional mais gravoso, que no caso é o semiaberto, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/06, bem como em consonância com esta egrégia Quinta Turma .

6. Incabível a substituição da pena corporal por restritivas de direito, nos termos do artigo 44, inc. III, do CP, devida natureza lesiva dos entorpecentes apreendidos.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime prisional semiaberto para o início de cumprimento de pena da paciente.

### 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 e conceder, de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Brasília, 19 de fevereiro de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### HABEAS CORPUS Nº 479.870 - SP (2018/0308752-4)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PAULO ARTHUR ARAUJO DE LIMA RAMOS - SP252022  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : MARIANA SANTOS ALMEIDA

### RELATÓRIO

#### O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em benefício de MARIANA SANTOS ALMEIDA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0002957-82.2018.8.26.0635.

Extraí-se dos autos que a paciente foi condenada, em primeiro grau, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime aberto, substituída por restritiva de direitos, e pagamento de 166 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 (tráfico de entorpecentes privilegiado).

Irresignado, o Ministério Público interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual deu provimento ao recurso ministerial, majorando a pena da paciente para 3 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 333 dias-multa, cancelada a substituição prevista no art. 44 do Código Penal – CP; determinou, ainda, a expedição de mandado de prisão, após o decurso do prazo para eventual interposição de embargos de declaração. O acórdão restou assim ementado:

*TRÁFICO DE ENTORPECENTES. Autoria e materialidade não questionadas. Aplicação, em primeiro grau, do redutor do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, no percentual máximo, com a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e a fixação do regime aberto para o caso de conversão. Recurso exclusivo da acusação, pleiteando a fixação das básicas acima do piso legal, a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da lei especial, na fração de um terço, o cancelamento da substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos e a fixação do regime fechado. Parcial acolhimento. Penas que, na primeira fase, devem ser mantidas nos patamares mínimos, diante da ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis à ré, que justifiquem o aumento postulado. Causa de diminuição que deve ser aplicada na fração de um terço, diante da quantidade, diversidade e natureza dos entorpecentes apreendidos, nos termos do reclamo ministerial. Regime fechado necessário. Excluída, ainda, a substituição da corporal por*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*restritivas de direitos. Apelo ministerial parcialmente provido, com determinação (fl. 28).*

No presente *writ*, sustenta a impetrante que a paciente faz jus ao redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, em seu patamar máximo, salientando a sua primariedade e o fato de que as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis.

Assevera que o regime prisional fechado foi fixado com base unicamente na gravidade abstrata do delito.

Aduz, ainda, a necessidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Requer, em liminar, a autorização para que a paciente aguarde o julgamento definitivo do presente *mandamus* em liberdade ou, a sua imediata colocação no regime aberto. No mérito, busca a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, em seu grau máximo, fixando o regime aberto, com a substituição da pena corporal por restritiva de direitos, restabelecendo, assim, integralmente o teor da sentença monocrática.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 36/37).

O Ministério Público Federal opinou pelo não-conhecimento do *habeas corpus* (fls. 42/45).

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 479.870 - SP (2018/0308752-4)

### VOTO

#### O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, a aplicação da redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, em seu grau máximo, a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

Inicialmente, é certo que o refazimento da dosimetria da pena em *habeas corpus* tem caráter excepcional, somente sendo admitido quando se verificar, de plano e sem a necessidade de incursão probatória, a existência de manifesta ilegalidade ou abuso de poder.

A paciente foi presa em flagrante trazendo consigo e mantendo em depósito 57 porções de *crack* com peso líquido de 10,6g, 10 porções de *crack* com peso líquido de 5,8g, 37 porções de maconha, com peso líquido de 98,7g e 38 porções de cocaína com peso líquido de 32,3g (fl. 16 – denúncia).

Diante disso, o Juízo de primeiro grau condenou a paciente por tráfico de drogas privilegiado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime aberto, substituída por restritiva de direitos, e pagamento de 166 dias-multa.

Por sua vez, o Tribunal de Justiça estadual, ao dar provimento ao apelo do Ministério Público, reduziu a fração da causa especial de diminuição de pena da paciente, fixando a reprimenda em 3 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 333 dias multa; cancelou a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, como também, determinou a expedição de mandado de prisão. Transcrevo, no ponto, o seguinte fragmento do acórdão, *verbis*:

*As penas, todavia, comportam modificação, acolhendo-se, em parte, a pretensão ministerial.*

***As básicas foram fixadas nos mínimos legais e, a despeito do que fora suscitado nas razões, assim devem***



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*permanecer, diante da primariedade da ré (fls. 58/60 e 78), com a nota de que as circunstâncias do crime foram normais à espécie e que a quantidade e variedade dos narcóticos serão consideradas na escolha do percentual de redução pela minorante do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.*

*Na terceira fase, acolhe-se o reclamo ministerial, nos estritos termos em que deduzido nesta parte, aplicando-se o redutor mencionado na fração de um terço, diante da quantidade, variedade e natureza lesiva das drogas (67 porções de crack pesando 16,4 gramas, 07 porções de maconha, pesando 98,7 gramas e 38 porções de cocaína, pesando 32,3 gramas).*

*As penas, então, restam fixadas definitivamente em três anos e quatro meses de reclusão e trezentos e trinta e três dias-multa, de unidade mínima.*

*Também merece acolhimento o apelo ministerial para a fixação do regime inicial fechado, de acordo com a Lei nº 11.464/07, pois é o mais adequado à hipótese em foco para a reprovação e prevenção do delito, equiparado aos hediondos, anotando-se que regime mais brando geraria sentimento de impunidade, especialmente **diante das circunstâncias do caso concreto, já que a ré foi surpreendida em poder de razoável quantidade e variedade de drogas, que certamente seriam disseminadas a grande número de indivíduos.***

*Pelos mesmos motivos, deve ser afastada a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, pois é necessária a verificação dos critérios legais, previstos no artigo 44, do Código Penal, e notadamente que a medida seja suficiente à repressão e prevenção do delito, conforme o inciso III de tal dispositivo legal.*

*(...)*

***Não se perca de vista que, ainda que afastada a vedação legal específica, é necessário, para a substituição de pena corporal por restritiva de direitos, qualquer que seja o crime, a verificação dos critérios legais, previstos no artigo 44, do Código Penal, e notadamente que a medida seja suficiente à repressão e prevenção do delito, conforme o inciso III de tal dispositivo legal, o que não se verifica na hipótese, considerando a natureza altamente lesiva dos entorpecentes encontrados com a acusada e que seriam disseminados a grande número de usuários.***

*Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso ministerial para majorar as penas de MARIANA SANTOS ALMEIDA a 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, de unidade mínima, fixar o regime fechado para o desconto inicial da sanção privativa de liberdade e cancelar a substituição prevista no artigo 44, do Código Penal, restando mantida, no mais, a sentença impugnada; comunique-se para a expedição de mandado de prisão, após o decurso do prazo para eventual interposição de embargos de declaração (fls. 30/32).*

Quanto a aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/06, cumpre ressaltar que depende do convencimento do Magistrado de que o apenado, primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades delituosas nem integre organização criminosa. Nesse contexto, na escolha do *quantum* de redução da pena em razão da incidência do redutor, deve-se levar em consideração a quantidade e a natureza da substância apreendida, por expressa previsão legal (art. 42 da Lei n. 11.343/06).

*In casu*, o Tribunal *a quo* fixou o patamar da redução em 1/3 com base em elementos concretos extraídos dos autos, evidenciados pela quantidade, variedade e natureza lesiva das drogas apreendidas – total de 67 porções de *crack* pesando 16,4g; 37 porções de maconha pesando 98,7g e 38 porções de cocaína pesando 32,3g –, tudo a indicar uma maior reprovabilidade da conduta da paciente.

Ademais, a reforma do entendimento consignado pela Corte Estadual no que se refere ao *quantum* de redução aplicado constitui matéria que refoge ao restrito escopo do *habeas corpus*, porquanto demanda percuciente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

Nesse sentido, vejam-se os seguintes precedentes desta Corte Superior:

**HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO PRIVILEGIADO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). QUANTUM DE REDUÇÃO. FRAÇÃO DE 1/3. POSSIBILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. REGIME PRISIONAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PENA INFERIOR A 4 ANOS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL - CP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. **A aplicação da redutora 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 consignado pelo Tribunal *a quo* está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior, firmada no sentido de**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**que, na escolha do quantum de redução da pena em razão da incidência do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, o Juiz deve levar em consideração a quantidade e a natureza da substância apreendida - 200 eppendorfs de cocaína (45,4g) -, por expressa previsão legal (art. 42 da Lei n. 11.343/06).**

3. A quantidade e/ou natureza da droga apreendida é fundamentação idônea para justificar a fixação do regime prisional mais gravoso.

No caso, apesar da quantidade de drogas apreendidas e da sua natureza, a pena fixada foi inferior a 4 anos, o paciente é primário e a pena-base foi aplicada no mínimo legal. Dessa forma, encontra-se evidenciado o constrangimento ilegal na fixação do regime, pois houve um excesso, haja vista que, o regime mais gravoso a ser fixado é o semiaberto, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do Código Penal - CP, e em consonância com a jurisprudência desta Turma. Precedentes.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto (HC 451.828/SP, de minha Relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 11/12/2018, DJe 19/12/2018).

**AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006 NA FRAÇÃO MÁXIMA DE 2/3. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA APREENDIDA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.**

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal. - Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre in casu, o juízo, ao fixar a pena, deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006.

**- Na espécie, a fração da minorante em 1/3 não se mostrou de modo flagrante, desarrazoada, tampouco desproporcional, em razão da quantidade e da natureza especialmente deletéria do entorpecente apreendido, de alto poder viciante e nocividade à saúde do usuário, em conformidade com a jurisprudência pacificada desta Corte Superior.**

- Agravo regimental não provido (AgRg no HC 467.223/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 10/12/2018)

**PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS,**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E RESISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO VÍNCULO SUBJETIVO. ABSOLVIÇÃO DOS RÉUS PELO DELITO DO ART. 35 DA LEI N. 11.343/2006. OPOSIÇÃO A ATO LEGAL DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA PENA. REGIME PRISIONAL. MODO SEMIABERTO PARA OS PACIENTES MAYCON E RENATO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO, EM PARTE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. O acolhimento do pedido de absolvição pelo delito de resistência demanda, in casu, a imersão no conjunto fático-probatório dos autos, o que é inviável na via estreita do habeas corpus, pois há elementos suficientes para amparar o édito condenatório. Precedentes.

3. Para a configuração do delito de associação para o tráfico de drogas, é necessário o dolo de se associar com estabilidade e permanência, sendo que a reunião de duas ou mais pessoas sem o animus associativo não se subsume ao tipo do art. 35 da Lei n. 11.343/2006. Trata-se, portanto, de delito de concurso necessário.

4. Não tendo sido apresentados dados concretos que demonstrem efetivamente a presença do elemento subjetivo entre os agentes, pois o Tribunal de origem, ao prover o apelo ministerial, justificou a condenação apenas em juízos de probabilidades, a absolvição pelo delito do art. 35 da Lei n. 11.343/2006 é medida que se impõe.

5. 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 organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

**6. Hipótese em que sobrevivendo a absolvição pelo delito de associação para o tráfico, os pacientes Maycon e Renato, por serem primários e de bons antecedentes, devem ser beneficiados com a aplicação da minorante em comento, no montante de 1/3, levando-se em conta a significativa quantidade de droga apreendida, conforme posto na sentença condenatória.**

7. Embora os pacientes Maycon e Renato sejam primários e a pena tenha sido estabelecida em patamar inferior a 4 anos, o regime semiaberto é o adequado para o cumprimento da sanção reclusiva, em decorrência da valoração negativa da quantidade de droga apreendida 375 gramas de maconha, 280g de cocaína e 9,5g de haxixe, na terceira fase da dosimetria, para a modulação do índice de redução do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para absolver todos os pacientes pelo delito de associação para o tráfico de drogas e, quanto aos pacientes Maycon e Renato, para fazer incidir a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no índice de 1/3, bem como para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade destes (HC 427.482/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 24/8/2018).*

Por sua vez, sobre o regime prisional, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

Com efeito, sedimentou-se nesta Corte Superior o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º, do Código Penal, em conjunto com o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga.

Assim, o regime prisional deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Na hipótese dos autos, encontra-se evidenciado o constrangimento ilegal na fixação do regime fechado pela Corte estadual, pois, embora a primariedade do paciente e o *quantum* de pena aplicado, inferior a 4 anos, permitem, em tese, a fixação do regime aberto, a gravidade concreta do delito, evidenciada pela quantidade e natureza das drogas apreendidas, justifica a imposição de regime prisional mais gravoso, que no caso é o semiaberto, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/06, bem como em consonância com esta Quinta Turma .

A propósito, confirmam-se:

**HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE CONDENADA A 3 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. NATUREZA DA DROGA - CRACK. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. BENEFÍCIO NEGADO**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EM VIRTUDE DA NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...].

- 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.

- Para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso do que comporta a pena, é necessário fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.

- **Na hipótese, o acórdão recorrido fundamentou a necessidade do regime fechado com base na nocividade da droga objeto do delito de associação para o tráfico, qual seja, o crack.**

- **Embora válido o fundamento para o recrudesimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado à ré primária, condenada a pena reclusiva não superior a 4 anos, fazendo jus a paciente ao regime intermediário, qual seja, o semiaberto. Precedentes desta Corte.**

[...]

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto (HC 345.968/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 31/5/2016).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, E § 4º, DA LEI 11.343/2006. DOSIMETRIA DA PENA. **ABRANDAMENTO DE REGIME INICIAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REGIME INICIAL FECHADO EM RAZÃO DA HEDIONDEZ DO DELITO. INCONSTITUCIONALIDADE. ANÁLISE DOS ARTIGOS 33, §2º, ALÍNEA C, E §3º, DO CÓDIGO PENAL E 42 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. **REGIME SEMIABERTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.****

[...]

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

IV - **A definição do regime prisional para os**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**condenados por tráfico de entorpecentes deve seguir a sistemática estabelecida no art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do Código Penal. Contudo, o art. 42 da Lei n. 11.343/2006 estabelece 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 conduta social do agente". Assim, tratando-se de uma circunstância judicial preponderante, a natureza e a quantidade de entorpecente, ainda que aplicada na terceira fase, poderá ser utilizada para justificar a imposição de um regime prisional mais gravoso.**

V - Revela-se adequado na hipótese, consoante o disposto nos artigos 33, §§2º e 3º, do Código Penal, e artigo 42 da Lei 11.343/2006, a imposição do regime inicial semiaberto ao paciente, condenado à pena inferior a 4 (quatro) anos, primário, ostentando condições judiciais desfavoráveis.

[...]

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para confirmar a liminar e fixar o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena imposta ao paciente (HC 343.528/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 29/3/2016).

Por fim, para que a apenada seja beneficiada com a substituição da pena, necessário se faz o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos previstos no art. 44 do CP.

No caso dos autos, entretanto, verifico que a Corte estadual negou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos por entender que a substituição não era possível devida a natureza altamente lesiva dos entorpecentes apreendidos, o que justifica a vedação da benesse, de acordo com o disposto no art. 44, inc. III, do CP.

Nesse sentido:

**PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INDIQUEM A DEDICAÇÃO DO ACUSADO EM ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. APLICABILIDADE DO ÍNDICE EM MENOR EXTENSÃO. REGIME PRISIONAL. QUANTIA E ESPÉCIE DO ENTORPECENTE. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO SUBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA.**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. 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 integrem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

3. Hipótese em que à míngua de elementos probatórios que denotem a habitualidade do paciente na prática delitiva ou ser integrante de organização criminosa, e considerando a sua primariedade e seus bons antecedentes, a quantidade da droga apreendida - 10 porções de cocaína (19,2 g) e outros 281 eppendorfs com a mesma substância (49, 1g) - não se mostram excessiva, por si só, para impedir a concessão de benefício em questão, cabendo, assim, a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração 1/2, atento aos vetores do art. 42 da referida Lei.

4. Embora o acusado seja primário e a pena tenha sido estabelecida em patamar inferior a 4 anos de reclusão, o regime semiaberto é o adequado e suficiente para o cumprimento da pena reclusiva, em decorrência da valoração negativa da quantia e da espécie da substância apreendida, na terceira fase da dosimetria, para a modulação do índice de redução do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

**5. Não se mostra recomendável o deferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, diante da quantidade e natureza das drogas apreendidas (art. 44, III, do CP).**

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 1/2, redimensionando a pena do paciente para 2 anos e 6 meses de reclusão mais 250 dias-multa, bem como para estabelecer o regime semiaberto (HC 472.999/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 3/12/2018).

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer do habeas corpus, concedendo, no entanto, a ordem, de ofício, para fixar o regime prisional semiaberto para o início de cumprimento de pena da paciente.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0308752-4

**HC 479.870 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00029578220188260635 20180000783022 29578220188260635

EM MESA

JULGADO: 19/02/2019

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PAULO ARTHUR ARAUJO DE LIMA RAMOS - SP252022  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : MARIANA SANTOS ALMEIDA

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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.