



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 313.899 - SP (2015/0004401-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO LOPES DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAIMUNDO EUDIMAR MUNIZ RIBEIRO
PACIENTE : LUCAS RODRIGUES SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33 DA LEI 11.343/2006. AFASTAMENTO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. ACUSADOS SEM OCUPAÇÃO LÍCITA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. RESTABELECIMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA ESTABELECIDA NA SENTENÇA. REGIME PRISIONAL FECHADO E VEDAÇÃO À APLICAÇÃO DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA DEFERIDOS, POIS PRESENTES OS REQUISITOS LEGAIS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

– 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.

– Não há como manter a fundamentação utilizada pelo Tribunal de origem, que afastou a figura do tráfico privilegiado sob a tese de que os pacientes dedicam-se às atividades criminosas pelo fato de não exercerem atividade lícita, pois estavam desempregados à época dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fatos. Ademais, a quantidade da droga apreendida (13 cápsulas de cocaína, pesando 9,9 gramas), apesar de nociva, não foi tão elevada a ponto de indicar, juntamente com as circunstâncias do delito, a dedicação dos acusados às atividades ilícitas.

– É de ser mantida a fração redutora de 1/2 aplicada pelo sentenciante, pois, no caso, a natureza da droga apreendida – *cocaína* – constitui critério idôneo para impedir a aplicação do redutor em sua fração máxima, mas a sua diminuta quantidade – 9,9g – revela a necessidade da manutenção da fração intermediária

– O STF, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

– A partir do julgamento do HC 97.256/RS pelo STF, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, o benefício da substituição da pena passou a ser concedido aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

– Hipótese em que os pacientes são primários, condenados a pena não superior a 4 anos de reclusão, com análise favorável das circunstâncias judiciais, razão pela qual fazem *jus* ao regime inicial aberto, conforme art. 33, § 2º, alínea c, do CP, além da substituição da pena corporal por restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para restabelecer a sentença que fixou a pena em 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa, modificar o regime de cumprimento da pena para o aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

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 "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 28 de junho de 2016(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 313.899 - SP (2015/0004401-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO LOPES DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAIMUNDO EUDIMAR MUNIZ RIBEIRO
PACIENTE : LUCAS RODRIGUES SANTOS

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de RAIMUNDO EUDIMAR MUNIZ RIBEIRO e LUCAS RODRIGUES SANTOS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n.º 0051229-97.2012.8.26.0577.

Consta dos autos que os pacientes foram condenados às penas de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 250 dias-multa, cada um, por infração ao art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (fls. 24/31).

Foram interpostos recursos de apelação pela defesa e acusação. O Tribunal de origem, à unanimidade, negou provimento ao recurso defensivo e deu provimento ao apelo da acusação, para afastar a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e fixar as penas, para cada um dos réus, em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, mantendo incólume o restante da sentença (fls. 32/39).

A impetrante alega que os pacientes fazem *jus* à aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e que a sua negativa, pelo acórdão recorrido, deu-se em razão de mera presunção de que os pacientes dedicam-se às atividades criminosas. Sustenta, ainda, que cabível, no caso, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito e a fixação de regime inicial menos severo.

Pugna, liminamente e no mérito, pela redução da pena aplicada aos pacientes, a fixação do regime inicial diverso do fechado e a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pedido liminar indeferido (fls. 44/46).

Informações prestadas às fls. 53/72.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela concessão *ex officio* da ordem, *para que seja aplicada a minorante do tráfico privilegiado, determinando-se ao Juízo das Execuções Criminais que, excluída a obrigatoriedade do regime fechado e a vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, proceda à fixação do regime prisional adequado, bem como a análise da possibilidade de substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos* (fl. 83).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 313.899 - SP (2015/0004401-7)

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.

Cumpre 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 a impetrante não tenha 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.

Busca a defesa a aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, por entender que os pacientes atendem aos requisitos legais, bem como a fixação de regime inicial mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

No caso, o Juízo *a quo* aplicou a pena-base no mínimo legal de 5 anos de reclusão e, na terceira fase, reduziu a sanção, ante a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, na fração intermediária de 1/2, restando a pena definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão. A fundamentação operou-se nos seguintes moldes (fl.28):

Os réus não registram antecedentes desabonadores e, ao menos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Raimundo Eldimar, admitiu a prática da infração. Também não há notícias de que eles se dediquem habitualmente a atividades criminosas ou integrem organização criminosa. Desta forma, pode-se lhes aplicar o benefício contido no parágrafo 4º do artigo 33 do diploma de regência. A pena-base fica fixada no mínimo legal, em 05 anos de reclusão e 500 dias-multa. Deste valor, subtrai-se 1/2, obtendo-se, para cada réu, 02 anos e 06 meses de reclusão e 250 dias-multa. Inexistindo outras causas modificadoras, torno essa pena definitiva.

O Tribunal de origem, ao julgar o apelo ministerial, excluiu a incidência do redutor em comento, tendo o voto condutor do acórdão destacado que (fl. 37):

Todavia, equivocado o reconhecimento da minorante, porquanto os denunciados não comprovaram exercer função lícita, informando ambos na Delegacia estar desempregados (fls. 6 e 7), situação apta a indicar ser a vil mercancia a "profissão" ou meio de vida deles, daí a dedicação à atividade criminosa incompatível com a minorante aludida.

(...)

E, sem se verificar o "privilégio", concretiza-se a sanção em cinco (5) anos de reclusão, mais pecuniária correspondente a quinhentos (500) dias-multa, isso para cada um dos denunciados, à míngua de outras causas modificadoras.

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.

No caso, observa-se que o Tribunal de origem excluiu a causa de diminuição retromencionada sob a tese de que os pacientes dedicam-se às atividades criminosas, uma vez que não comprovaram exercer atividade lícita. Contudo, por si só, o fato de os pacientes estarem desempregados à época do delito não gera a conclusão automática de que se dedicam à atividade criminosa.

Ademais, a quantidade da droga apreendida (13 cápsulas de cocaína, pesando 9,9 gramas - fl. 36), apesar de nociva, não foi tão elevada a ponto de indicar,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

juntamente com as circunstâncias do delito, a dedicação dos acusados às atividades ilícitas.

Assim, a fundamentação utilizada pelo Tribunal *a quo* não se sustenta para, sozinha, afastar a figura do tráfico privilegiado reconhecida pelo sentenciante.

A propósito:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. ALEGADA AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REGIME INICIAL FECHADO COM BASE NO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI N.º 8.072/90. INCONSTITUCIONALIDADE. HC N.º 111.480/ES, REL. MIN. DIAS TOFFOLI. ADOÇÃO DOS PARÂMETROS PREVISTOS NO ART. 33 DO CÓDIGO PENAL. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. *Consta dos autos que o Paciente foi condenado às penas de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, pelo cometimento da infração prevista no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/06. Isso porque trazia consigo 09 (nove) eppendorfs contendo 4,4 g (quatro gramas e quatro decigramas) de cocaína.*

2. *O Tribunal a quo, ao analisar o conjunto fático-probatório dos autos reconheceu que a Paciente não faria jus à aplicação da minorante inserta no §4.º do art. 33 da Lei de Drogas, porque se dedicava à atividade criminosa.*

3. *É certo que diversos julgados desta Corte Superior sustentam que o habeas corpus constitui via imprópria para o afastamento do entendimento adotado pelas instâncias ordinárias sobre o assunto, tendo em vista a incabível dilação probatória que se faria necessária para reconhecer a presença dos requisitos subjetivos exigidos. **Todavia, especificamente no caso dos autos, as falhas do acórdão combatido são de natureza lógico-argumentativa e poderiam levar à inaplicabilidade do redutor em hipóteses nitidamente abrangidas pela finalidade da norma: ao contrário do sustentado pela Corte de origem, a quantidade de drogas (4,4g) não permite concluir que o agente se dedica à traficância habitual, e o fato de não ter sido comprovada ocupação lícita tampouco leva à inferência automática de que o Paciente integra organização criminosa.***

(...)

6. *Ordem de habeas corpus concedida para reconhecer a incidência da minorante prevista no art. 33, §4.º, da Lei n.º 11.343/2006 e, com a consequente redução da reprimenda, estabelecer o regime aberto como regime inicial para cumprimento da pena, com regras a serem estabelecidas pelo Juízo das*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Execuções.

(HC 206.421/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 05/11/2013, DJe 14/11/2013) - grifei.

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. EXCLUSÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REQUISITOS. VERIFICAÇÃO. ATIVIDADE CRIMINOSA. PROCESSO CRIMINAL EM CURSO. AUSÊNCIA DE OCUPAÇÃO LÍCITA. DESCABIMENTO. ALTERAÇÃO REGIME INICIAL. APLICAÇÃO SÚMULA 440/STJ.

1. Inquéritos policiais ou ações penais sem trânsito em julgado não podem ser considerados para afirmar que o agravado se dedica a atividades criminosas. Ademais, para configurar tal vinculação, a ausência de ocupação lícita deve vir corroborada por outros elementos concretos, não apresentados na situação sob análise.

2. Estando a pena-base fixada no mínimo legal, pela ausência de circunstâncias judiciais negativas, e sendo primário o recorrente, a fixação do regime aberto está coerente com a orientação da Súmula 440/STJ.

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1431091/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 14/04/2015, DJe 23/04/2015) - grifei.

Dessa forma, entendo que, no caso, deve ser restabelecida a sentença que, reconhecendo a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, reduziu a pena em 1/2, restando a sanção definitiva dos pacientes em 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa.

Nesse ponto, deve ser mantida a fração intermediária de 1/2, ante a nocividade da droga apreendida - cocaína -, a qual demonstra a necessidade de uma redução menor do *quantum* da pena, para uma efetiva prevenção e repressão do delito em epígrafe.

Nessa linha:

(...) TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FIXADA EM 1/6 (UM SEXTO). FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. ALTERAÇÃO DA FRAÇÃO PARA 1/2 (METADE). IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO. DIVERSIDADE DO ESTUPEFACIENTE. CONSTRANGIMENTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa.

2. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a aplicação do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação, devem ser consideradas as circunstâncias do caso concreto.

3. In casu, as instâncias de origem fixaram a fração em 1/6 (um sexto) em razão da natureza de um dos estupefacientes apreendidos. Entretanto, a quantidade da referida droga foi pequena, não justificando a escolha do quantum mínimo.

4. Contudo, em razão da diversidade dos entorpecentes, torna-se inviável a adoção da causa de diminuição em seu patamar máximo, mostrando-se razoável e proporcional ao caso a redução da reprimenda em 1/2 (metade).

(...)

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de reduzir a pena para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, alterar o regime inicial para o aberto e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem designadas pelo Juízo de Execução Penal (HC 326.301/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 11/5/2016).

Quanto ao regime, foi estabelecido, na sentença, o fechado, com base na seguinte fundamentação (fl. 28):

A pena corporal devesse ser cumprida no regime inicial fechado, tendo em vista a gravidade do delito imputado aos acusados, que é fator de desestabilidade social e familiar, com todas as consequências decorrentes do deletério comércio de entorpecentes, tanto que delito equiparado aos hediondos.

O Tribunal local manteve o regime fechado nos seguintes moldes (fls. 38/39):

Finalmente, consigne-se que o regime fechado estipulado para início do cumprimento da privativa de liberdade decorre do artigo 2º, § 1º, da Lei nº. 8.072/90, com a redação trazida pela Lei nº. 11.464/07, sendo o único cabível diante do crime cometido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Regime mais brando ensejaria sentimento de impunidade, a par de incentivar a prática de delito que há muito atormenta a população, decorrendo o retiro pleno do maior rigor conferido pela própria Constituição Federal diante de delitos hediondos ou a estes equiparados (artigo 5º, XLIII).

A solução imposta é absolutamente necessária, porquanto o delito praticado traz marcante intranquilidade, denotando não ter o agente compromisso com regras de convivência social, deixando de merecer afago do Estado, pelo menos antes de se submeter ao regime de retiro pleno como forma de angariar confiança e, assim, ser colocado em contato com a mesma sociedade já severamente perturbada com constante destruição de famílias como consequência do tráfico.

Isso, destaque-se, não representa mera opinião do julgador a respeito da gravidade do crime; a providência decorre, sim, de fato concreto facilmente constatado, sendo a concessão de regime mais brando solução teratológica responsável por odioso estímulo ao cometimento de delitos de indiscutível gravidade e repercussão, não se podendo ignorar que o comércio espúrio contribui sobremaneira com a destruição de lares ou famílias como consequência da disseminação do vício, daí a perniciosidade do traficante obstaculizando a concessão de qualquer benefício.

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

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

No caso, pela leitura da sentença e do acórdão recorridos, verifica-se que o regime fechado foi estabelecido sem a apresentação de fundamentação suficiente para tanto, pois, como visto, a hediondez e a gravidade abstrata do delito não constituem motivação idônea para a fixação de regime mais gravoso.

Assim, considerando a pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, a primariedade dos acusados e a análise favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal, deve ser fixado, nos termos do art. 33, § 2º, “c”, e § 3º, do Código Penal, o regime aberto para cumprimento da pena dos ora pacientes.

Do mesmo modo, no que tange à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ao analisar o HC n. 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir tal possibilidade, nos termos do art. 44 do Código Penal, reconhecendo a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, através da Resolução n. 5/2012.

No caso, o sentenciante (fls. 29/30) e o Tribunal de origem (fl. 39) não promoveram a substituição da pena corporal por restritivas de direitos com fundamento na hediondez e, também, na gravidade abstrata do crime de tráfico de entorpecentes, motivação inidônea que configura constrangimento ilegal suscetível de controle por esta via constitucional.

Assim, presentes os pressupostos elencados no art. 44 do Código Penal, é cabível a conversão da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos em favor dos pacientes em tela, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

Nessa linha, destaco:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CUMPRIMENTO INICIAL EM REGIME FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. SÚMULA 444/STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, 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. Nos termos da Súmula 440 desta Corte, "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". Aplicação, também, dos verbetes n. 718 e 719 do STF.

3. No caso, estabelecida a pena definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão, sendo primário o agente e favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, sobretudo quando considerada a não expressiva quantidade de drogas apreendidas - 1 porção de maconha (17,770g), 2 pinos de cocaína (1,61g) e 3 pedras de crack (2.07g), a teor do disposto no art. 33, § 2º, "c", do Código Penal c/c o art. 42 da Lei de Drogas.

4. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para restabelecer o regime aberto para o início do cumprimento da pena reclusiva e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos da sentença proferida no Juízo de primeiro grau. (HC 354.398/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 25/05/2016) - grifei.

Ante o exposto, **não conheço** do habeas corpus, mas **concedo a ordem de ofício**, para restabelecer a sentença que fixou a pena em 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa, modificar o regime de cumprimento da pena para o aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0004401-7

HC 313.899 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00051229972012826057 20140000569713 51229972012826057

EM MESA

JULGADO: 28/06/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

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

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: BRUNO LOPES DE OLIVEIRA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: RAIMUNDO EUDIMAR MUNIZ RIBEIRO
PACIENTE	: LUCAS RODRIGUES SANTOS

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.