



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 352.400 - RJ (2016/0080389-6)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : HENRIQUE SANTOS CERQUEIRA
ADVOGADO : HENRIQUE SANTOS CERQUEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : HUDSON JOSE DE OLIVEIRA VARGAS

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. MÉRITO. ANÁLISE DE OFÍCIO. PRISÃO CAUTELAR. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO A 1 ANO E 8 MESES DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL ABERTO, SENDO A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. SENTENÇA REFORMADA PARA FIXAR O REGIME FECHADO E AFASTAR A SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PRISÃO DETERMINADA PELO TRIBUNAL. POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. LEGALIDADE. RECENTE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. REGIME FECHADO FUNDADO NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. CRITÉRIO SUFICIENTE PARA NEGAR A SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ORDEM NÃO CONHECIDA. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. 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.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, entendeu que *A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal* (STF, HC n. 126.292, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe 17/05/2016).

3. No particular, como a sentença condenatória foi confirmada pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal de origem e porquanto encerrada a jurisdição das instâncias ordinárias (bem como a análise dos fatos e provas que assentaram a culpa do condenado), é possível dar início à execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da condenação, sem que isso importe em violação do princípio constitucional da presunção de inocência.

4. 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.

5. No caso, a pena-base foi estabelecida no mínimo legal, em razão das circunstâncias judiciais favoráveis, não se justificando, portanto, a fixação do regime prisional mais gravoso.

6. A valoração negativa da quantidade e natureza do entorpecente apreendido constitui fator suficiente para obstar a respectiva substituição por pena restritiva de direitos. Precedentes.

7. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem, no entanto, concedida de ofício apenas para fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena.

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)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 352.400 - RJ (2016/0080389-6)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : HENRIQUE SANTOS CERQUEIRA
ADVOGADO : HENRIQUE SANTOS CERQUEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : HUDSON JOSE DE OLIVEIRA VARGAS

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de HUDSON JOSÉ DE OLIVEIRA VARGAS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação nº 0002492-64.2014.8.19.0035).

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão e multa pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, incidente a minorante prevista no § 4º do mesmo artigo, e à pena de 15 dias de prisão simples, pela prática da contravenção penal prevista no art. 21 do Decreto-Lei nº 3.688/1941. Foi fixado o regime inicial aberto para o cumprimento da reprimenda e deferida a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos. Concedido ao paciente, ainda, o direito de apelar em liberdade (e-STJ fls. 87/97).

Irresignados, tanto o réu quanto o Ministério Público apelaram. Em suas razões, o *Parquet* pleiteou a cassação da pena alternativa aplicada e a alteração do regime inicial de cumprimento de pena para o fechado. A defesa, por seu turno, almejou a desclassificação da conduta para o delito descrito no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006.

A Quarta Câmara Criminal do Tribunal de origem negou provimento ao recurso defensivo e deu provimento ao apelo da acusação, deferindo o agravamento do regime prisional para o fechado e cassando a substituição das penas corporais por restritivas de direito. Determinou-se, ainda, a imediata expedição de mandado de prisão (e-STJ fls. 22/36).

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 1/20), o impetrante sustenta que a quantidade de entorpecente apreendida foi diminuta e que os enunciados das Súmulas n. 440



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do STJ e n. 718 e 719 do STF vedam a fixação de regime prisional mais gravoso em casos como o presente. Assevera, ainda, que o paciente é primário, de bons antecedentes, jovem, graduado, pai de duas crianças, com residência fixa e trabalho lícito. Sustenta que a determinação de expedição de mandado de prisão pela Corte estadual careceu de fundamentação. Salienta que, desde a prolação da sentença até o julgamento da apelação, permaneceu solto durante mais de um ano, sem que houvesse notícia do cometimento de qualquer infração penal.

Diante disso, pede a concessão da ordem para que possa aguardar o trânsito em julgado em liberdade, impondo-se eventuais medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

Deferida a liminar (e-STJ fls. 476/480) e prestadas as informações (e-STJ fls. 495/500 e 502/523), o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ*, mas pela concessão da ordem de ofício a fim de que o regime inicial seja fixado à luz do art. 33 do Código Penal (e-STJ fls. 527/536).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 352.400 - RJ (2016/0080389-6)

VOTO

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

O presente *habeas corpus* não merece ser conhecido por ausência de regularidade formal, qual seja, a adequação da via eleita.

De acordo com a nossa sistemática recursal, o recurso cabível contra acórdão do Tribunal de origem que julga a apelação é o recurso especial, consoante dispõe o art. 105, III, da Constituição Federal.

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 assim o sistema recursal vigente. Admite-se, entretanto, em casos de flagrante ilegalidade, a concessão da ordem, de ofício

Assim, embora o presente *habeas corpus* não possa ser conhecido, em respeito ao princípio constitucional da ampla defesa e para prestigiar a finalidade do remédio constitucional, passo à análise das teses suscitadas pela defesa, a fim de verificar se é o caso de flagrante constrangimento ilegal hábil a justificar a atuação, de ofício, deste Superior Tribunal de Justiça.

Busca-se, em síntese, a revogação da prisão do paciente, determinada pelo Tribunal de origem, diante da manutenção da sua condenação pela prática do crime de tráfico, ao argumento de que o regime inicial mais gravoso (fechado) e a determinação de expedição de mandado de prisão carecem de fundamentação idônea.

Em outras palavras, a questão jurídica limita-se a verificar se é possível dar início à execução provisória da pena tendo em vista que a sentença condenatória, que foi confirmada pelo Tribunal de origem, teria garantido ao paciente o direito de recorrer em liberdade.

O art. 5º, LVII, da Constituição Federal, de fato, estabelece o princípio da presunção de inocência: *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sentença penal condenatória. No Brasil, por uma opção do legislador constituinte, adota-se o sistema do trânsito em julgado para a quebra da presunção de inocência.

Partindo da premissa constitucional da não culpabilidade e em observância ao que determina o art. 283 do Código de Processo Penal, desde fevereiro/2009 (STF/HC n. 84.078/MG) e até o mês de fevereiro/2016 (STF/HC n. 126.292/MG), prevalecia, nos Tribunais Superiores, o entendimento de que a privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime, mesmo que determinada pelo Tribunal local após o julgamento da apelação, revestia-se de caráter excepcional (art. 5º, LXI, LXV e LXVI, da CF). Embora possível, a segregação cautelar deveria estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF) que demonstrasse a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Isso porque se tratava de prisão com natureza cautelar e preventiva.

Nesse sentido:

[...] 3. Esta Corte possui entendimento de que a prisão decretada por ocasião do acórdão condenatório recorrível possui natureza cautelar, de forma que o Tribunal deve adotar fundamentos idôneos a justificar a necessidade da prisão antes do trânsito em julgado da referida decisão, o que não ocorreu no presente caso. [...] (HC 298.756/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2015, DJe 03/08/2015).

[...] 4. O exaurimento dos recursos nas instâncias ordinárias, por si só, não exime o Tribunal de fundamentar a segregação cautelar do acusado, em especial quanto à necessidade da prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Precedentes do STF e desta Corte.

5. Habeas corpus não conhecido. Acolhido o parecer ministerial. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer a decisão singular que facultou ao paciente o direito de recorrer em liberdade. (HC 308.788/SP, minha Relatoria, julgado em 01/09/2015, DJe 08/09/2015).

Esta orientação jurisprudencial, entretanto, foi recentemente reformulada: o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao negar o *Habeas Corpus* 126.292, entendeu que a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

possibilidade de início da execução da pena condenatória, após a confirmação da sentença em segundo grau, não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência. Para o relator do caso, Ministro Teori Zavascki, a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena. Confira-se, por oportuno, a ementa do referido acórdão:

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

2. Habeas corpus denegado. (HC n. 126.292/SP, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, DJe 17/05/2016, g.n.).

Assim, a partir de agora, o guardião da Constituição Federal esclarece (determinando) que a segregação do cidadão, após o exaurimento da jurisdição das instâncias ordinárias, independe do preenchimento dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal porque representa a (então autorizada) execução provisória da pena, não havendo mais que se falar em prisão preventiva.

Na espécie, a sentença condenatória condenou o paciente à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime aberto, substituindo-a por restritiva de direitos, razão pela qual concedeu-lhe o direito de apelar em liberdade (e-STJ fls. 87/97).

O Tribunal de origem, entretanto, ao reformar a sentença (para fixar o regime fechado para início do cumprimento da pena e revogar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos), determinou a expedição de mandado de prisão.

Com efeito, como a condenação foi confirmada pelo Tribunal de origem e porquanto encerrada a jurisdição das instâncias ordinárias (bem como a análise dos fatos e provas que assentaram a culpa do condenado), é possível dar início à execução provisória da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena antes do trânsito em julgado da condenação, sem que isso importe em violação ao princípio constitucional da presunção de inocência.

Entretanto, examinando os autos, infere-se que o Tribunal *a quo* condenou o paciente, estabelecendo a pena-base no mínimo legal, com incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em seu patamar máximo, razão pela qual a sua pena foi fixada em 1 ano e 8 meses e 10 dias de reclusão e multa. Não obstante o *quantum* da condenação e a primariedade do paciente, fixou o regime inicial fechado e afastou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos pelos seguintes fundamentos (e-STJ fls. 33/36):

No que concerne ao pedido ministerial de agravamento do regime prisional, assiste qualquer razão ao recorrente, uma vez que os delitos de tráfico têm causado grande intranquilidade na sociedade, demonstrando que a aplicação do regime prisional fechado melhor se amolda ao caso, pois que se concilia com a necessidade de prevenção geral e especial de tão grave crime.

Por fim, mostra-se incabível, também, a substituição das sanções corporais por penas restritivas de direitos, devendo ser modificada a sentença de 1º Grau neste aspecto, como postulado pelo Parquet.

É cediço que o Senado Federal suspendeu a execução da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, prevista no § 4º, do artigo 33 da Lei de Drogas.

Contudo, o artigo 44, inciso III, do Código Penal, elenca alguns requisitos subjetivos para a concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

No caso dos presentes autos, entendo que a mencionada conversão não se mostra suficiente e recomendável, eis que foi apreendida com o apelante grande quantidade de entorpecente. Além disso, o tráfico de drogas, delito comparado a hediondo, tem gerado conflito e instabilidade de toda ordem na sociedade.

(...).

À conta do acima exposto, nego provimento ao apelo defensivo e dou provimento ao recurso ministerial para fixar o regime fechado para início de cumprimento da pena e revogar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, mantendo, no mais, a sentença recorrida. Expeça-se mandado de prisão.

Assim, constata-se que o Tribunal *a quo* fundamentou o regime prisional na gravidade abstrata do delito.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ocorre que, como cediço, em se tratando de tráfico de entorpecentes, desde o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n. 111.840/ES, inexistente a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, do Código Penal.

Esse entendimento também é adotado por ambas as Turmas da Terceira Seção desta Corte, conforme segue:

CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (LEI N. 11.343/2006, ART. 33). APREENSÃO DE 4,37G DE COCAÍNA E 2,54G DE CRACK. PENA FIXADA EM 1 (UM) ANO E 8 (OITO) MESES DE RECLUSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DE IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO (STF, HC N. 111.840). ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

02. Para o Supremo Tribunal Federal, "se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado" (HC n. 111.840/ES, Rel. Ministro Dias Toffoli). À luz dessas premissas, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (HC n. 97.256/RS, Rel. Ministro Ayres Brito) e do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (HC n. 111.840/ES, Rel. Ministro Dias Toffoli).

Consequentemente, se satisfeitos os pressupostos legais, aos réus condenados por crime de tráfico de drogas não podem ser negados o regime prisional aberto ou semiaberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (HC n. 306.980/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 18/11/2014; HC 297.688/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 11/11/2014).

03. No crime de tráfico de drogas, sendo o réu primário e a pena privativa de liberdade aplicada inferior a 4 (quatro) anos, pode cumpri-la em regime aberto ou tê-la substituída por restritiva de direito, desde que as circunstâncias judiciais lhe sejam favoráveis e insignificante a quantidade de drogas apreendidas [4,34g de cocaína e 2,4g de crack] (Lei n. 11.343/2006, art. 42; STJ, AgRg



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no AREsp 202.564/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 10/02/2015; AgRg no REsp 1.462.967/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 05/02/2015; HC 294.400/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 28/04/2015; AgRg no AREsp 601.000/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 25/11/2014).

04. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para: a) estabelecer o regime aberto para cumprimento inicial da pena; b) substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, observadas as condições que deverão ser estabelecidas pelo Juízo da execução. (HC 321.664/SP, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO, Quinta Turma, DJe 3/8/2015).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, INCISO VI, DA LEI N.º 11.343/06. AFASTAMENTO. ASPECTOS OBJETIVOS. CONSIDERAÇÕES OUTRAS. INCURSÃO NA SEARA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

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

4. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos e 10 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido. (HC 322.546/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 3/8/2015).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessa forma, o estabelecimento do regime inicial fechado para cumprimento da pena privativa de liberdade baseado, unicamente, na gravidade abstrata do delito, configura constrangimento ilegal suscetível de controle por esta via constitucional.

No caso dos autos, como visto, a pena-base foi estabelecida no mínimo legal, em razão das circunstâncias judiciais favoráveis, não se justificando, portanto, a fixação do regime prisional mais gravoso.

Em relação à substituição da pena, por sua vez, o Tribunal afastou o benefício por entender que "a mencionada conversão não se mostra suficiente e recomendável, eis que foi apreendida com o apelante grande quantidade de entorpecente".

Com efeito, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a valoração negativa da quantidade e natureza de entorpecentes constitui fator suficiente para obstar a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos. Nesse sentido:

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

[...]

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

3. Caso em que a incidência daquela minorante no patamar de 1/3 decorreu da quantidade e da natureza da droga apreendida (55 porções de cocaína e maconha), inexistindo ilegalidade patente a ser reparada na via estreita do mandamus.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Mantido o regime inicial fechado e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos pelo Tribunal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, em especial a quantidade e a natureza da droga apreendida - 25,5 g de cocaína - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

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

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem**, de ofício, para fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0080389-6

HC 352.400 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0024926420148190035 139008612014 24926420148190035

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 : HENRIQUE SANTOS CERQUEIRA
ADVOGADO : HENRIQUE SANTOS CERQUEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : HUDSON JOSE DE OLIVEIRA VARGAS

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.