



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 314.813 - SP (2015/0013857-4)**

**RELATOR** : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADO** : DENISE NAKANO VERONEZI  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : DIOMEDIO PEREIRA DO NASCIMENTO FILHO (PRESO)

### EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. ILEGALIDADE EVIDENCIADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. 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.
2. O *quantum* da condenação (2 anos e 11 meses), a primariedade, a análise favorável das circunstâncias judiciais e a quantidade e natureza das drogas apreendidas (20 gramas de cocaína e 42,3 gramas de maconha) permitem ao paciente iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime semiaberto, conforme art. 33, § 2º, alínea *b*, do CP, c/c art. 42 da Lei n. 11.343/2006.
3. Segundo a jurisprudência desta Corte, 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. No caso, a quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos denota contornos de maior gravidade ao tráfico ilícito de drogas. Assim, não se mostra socialmente recomendada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.
5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto.

### 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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Gurgel de Faria e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de dezembro de 2015(Data do Julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 314.813 - SP (2015/0013857-4)**

**RELATOR** : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADO** : DENISE NAKANO VERONEZI  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : DIOMEDIO PEREIRA DO NASCIMENTO FILHO (PRESO)

### RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):**

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **DIOMEDIO PEREIRA DO NASCIMENTO FILHO**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (e-STJ, fl. 38):

"TRÁFICO DE DROGAS. Alegação acerca de insuficiência de provas. Desacolhimento. Hipótese na qual são sólidos os demonstrativos da imputada traficância praticada juntamente com adolescente. Depoimentos de milicianos que, prestados sob o crivo do contraditório, são suficientes a embasar édito condenatório, máxime porque em conformidade ao mais da prova oral colhida. Laudo decorrente de perícia que é de consideração. Assim, condenação correspondente que se mantém. Sem embargo, correção à pena imposta que é necessária. Logo, recurso provido em parte."

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, dando-o como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, visto que portava 41 (quarenta e um) "*eppendorfs*" de cocaína, pesando 20 gramas e 18 "trouxinhas" de maconha, pesando 42,3 gramas, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (e-STJ, fls. 20-27).

A Defesa interpôs apelação, que foi parcialmente provida para reconhecer a minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, pela metade (1/2), fixando a pena em definitivo no patamar de 2 (dois) anos e 11 (onze) meses, em regime inicial fechado, e 291 (duzentos e noventa um) dias-multa

Inconformada, a Defensoria Pública manejou o *writ* em análise, no qual alega constrangimento ilegal porquanto as circunstâncias judiciais são favoráveis, sendo o paciente primário e não integra organização criminosa, tendo, portanto, direito ao regime aberto e substituição da pena corporal por restritiva de direitos (e-STJ, fls. 1-8).

Requer a concessão da ordem para que seja fixado o regime aberto, substituindo a pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, conforme o disposto no art. 33, § 2º, "c", c/c o art. 44, do Código Penal.

A liminar foi deferida para que o paciente aguardasse o julgamento do mérito deste *habeas corpus* no regime aberto (e-STJ, fls. 54-57).

Prestadas as informações (e-STJ, fls. 69-71 e 73-85), manifestou-se o Ministério Público Federal pelo não conhecimento do *writ*, e, se conhecido, pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 143-146).

**É o relatório.**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 314.813 - SP (2015/0013857-4)**

**RELATOR** : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADO** : DENISE NAKANO VERONEZI  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : DIOMEDIO PEREIRA DO NASCIMENTO FILHO (PRESO)

### EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. ILEGALIDADE EVIDENCIADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. 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.

2. O *quantum* da condenação (2 anos e 11 meses), a primariedade, a análise favorável das circunstâncias judiciais e a quantidade e natureza das drogas apreendidas (20 gramas de cocaína e 42,3 gramas de maconha) permitem ao paciente iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime semiaberto, conforme art. 33, § 2º, alínea *b*, do CP, c/c art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

3. Segundo a jurisprudência desta Corte, 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. No caso, a quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos denota contornos de maior gravidade ao tráfico ilícito de drogas. Assim, não se mostra socialmente recomendada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto.

### VOTO

#### **O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):**

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.

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena e possibilidade de substituição da pena corporal por restritiva de direitos, o Tribunal de origem assim consignou (e-STJ, fls. 45-46):

"Não se olvida, por oportuno, ser possível deferir-se cumprimento da sanção privativa de liberdade em regime inicial distinto do fechado a condenados pelo cometimento de tráfico de drogas, bem ainda, conforme o caso, se lhes conceder substituição dessa pena por alternativa.

Todavia, em decorrência das especificidades do crime equiparado a hediondo sob apreço, o qual, como sobredito, praticado com adolescente,



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

bem como dada a natureza das drogas apreendidas em poder desse sentenciado, não é caso de substituição dessa sanção reclusiva por restritiva de direito, que, também por esses motivos, deverá ser cumprida em regime inicial fechado.

Por essas razões, acolhe-se em parte o sustentado pela ilustre defesa (descrito resumidamente no relatório deste voto) e, assim, exceção a essa correção à sanção imposta, mantém-se a respeitável decisão atacada, aliás, também, pelos respectivos fundamentos.

Também considera-se o parecer da douta Procuradoria de Justiça, porém, parcialmente, dados esses fundamentos.

Portanto, faz-se definitiva a condenação de Diomedio Pereira do Nascimento Filho a cumprir pena de dois (2) anos e onze (11) meses de reclusão, regime inicial fechado, e pagamento de multa a ser calculada em duzentos e noventa e um (291) dias, observados padrões menores, haja vista infringência ao artigo 33, caput, em combinação ao 40, VI, ambos da Lei 11.343/2006.

À vista do exposto, dá-se parcial provimento ao recurso."

Como se observa, o Tribunal manteve o modo fechado, utilizando como único argumento concreto, a natureza da droga apreendida com o acusado (cocaína e maconha).

Nesse contexto, estabelecida a pena definitiva em 2 (dois) anos e 11 (onze) meses, verificada a primariedade do agente, as circunstâncias judiciais favoráveis e considerada a quantidade e a natureza da droga apreendida (20 gramas de cocaína e 42,3 gramas de maconha), o regime intermediário é o adequado à prevenção e reparação do delito, à luz do art. 33, § 3º, do CP, c/c o art. 42 da Lei 11.343/2006.

Nesse sentido:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. (...) FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE.

(...)

5. No caso dos autos, a despeito de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis e de a pena reclusiva ter sido fixada em 3 anos e 4 meses, a quantidade e a espécie das drogas apreendidas em poder do paciente - 37 (trinta e sete) porções de maconha, 46 (quarenta e seis) porções de crack e 15 (quinze) porções de cocaína, levadas em consideração na terceira etapa da dosimetria da pena - também devem ser utilizadas para o fim de fixar o regime prisional, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, por reclamar o delito cometido maior intensidade na retribuição penal.

6. Pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos inviabilizado, diante da quantidade e da natureza das drogas apreendidas, por não ser a punição requerida suficiente à prevenção e repressão do delito.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto para o cumprimento da pena."

(HC 323.049/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2015, DJe 05/10/2015.)



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No que tange à alegação de que seria cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, dado que o condenado preencheria os requisitos legais exigidos, não existe manifesta ilegalidade a ser sanada.

Esta Corte tem admitido que a impossibilidade da substituição da pena privativa de liberdade seja fundamentada com base na natureza, quantidade e variedade de droga apreendida. Sobre o tema, o seguinte julgado:

"PENAL E PROCESSUAL. PENA INFERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. DESCABIMENTO.

A existência de circunstância judicial desfavorável justifica a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso, o semiaberto, a despeito de a pena aplicada ser inferior a quatro anos.

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.

Hipótese em que fica vedada a substituição em razão da quantidade e variedade dos entorpecentes apreendidos - 27 pedras de crack, 7 petecas de cocaína e 6g de maconha.

Agravo regimental desprovido."

(AgRg no AREsp 562.832/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 30/06/2015, DJe 04/08/2015.)

Destaque-se, no caso, a quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos, 41 (quarenta e um) "*eppendorfs*" de cocaína, pesando 20 gramas e 18 "trouxinhas" de maconha, pesando 42,3 gramas, a denotar contornos de maior gravidade ao tráfico ilícito de drogas. Assim, não se mostra socialmente recomendada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ante o exposto, **não conheço** deste *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto.

É como voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0013857-4

**HC 314.813 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00894071320138260050 17222013 894071320138260050

EM MESA

JULGADO: 15/12/2015

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO JOSÉ GISI**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

#### **AUTUAÇÃO**

|            |                                                |
|------------|------------------------------------------------|
| IMPETRANTE | : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO    |
| ADVOGADO   | : DENISE NAKANO VERONEZI                       |
| IMPETRADO  | : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO   |
| PACIENTE   | : DIOMEDIO PEREIRA DO NASCIMENTO FILHO (PRESO) |

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e  
Uso Indevido de Drogas

#### **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, Gurgel de Faria e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.