



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 406.141 - SP (2017/0157343-2)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ADRIANO LINO MENDONÇA - MG120023
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEFERSON ALEXANDRE LEOPOLDO BATISTA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06). *QUANTUM* DE REDUÇÃO PROPORCIONAL. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS FAVORÁVEIS. REGIME FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. QUANTIDADE PEQUENA DE DROGA APREENDIDA. APLICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ABERTO. ART. 33, § 2º, ALÍNEA "C", DO CÓDIGO PENAL – CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CP. POSSIBILIDADE. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *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. Os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias para aplicar ao caso concreto a fração de 1/2 da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, em razão da natureza e quantidade de drogas apreendidas (7,35g de cocaína em 21 *ependorfs*), está em consonância com o entendimento deste Tribunal.

3. Sendo a quantidade de droga apreendida pequena (7,35g de cocaína), as circunstâncias judiciais favoráveis (art. 59 do CP), a pena-base fixada no mínimo legal e a pena aplicada inferior a 4 anos, não há justificativa para aplicar regime prisional mais gravoso e vedar a substituição da pena por restritiva de direitos, devendo ser imposto o regime aberto, bem como ser concedida a substituição da pena por restritiva de direitos, de acordo com o disposto no art. 33, § 2º, alínea "c", e art. 44, ambos do Código Penal, e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma.

Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime prisional aberto, substituindo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, a serem especificadas pelo Juízo de Execuções, e revogar o acórdão impugnando quanto à execução provisória da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 (DF), 21 de novembro de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 406.141 - SP (2017/0157343-2)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ADRIANO LINO MENDONÇA - MG120023
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEFERSON ALEXANDRE LEOPOLDO BATISTA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de JEFERSON ALEXANDRE LEOPOLDO BATISTA, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0000282-63.2016.8.26.0556).

Infere-se dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o paciente pela prática do crime previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 (tráfico privilegiado), à pena de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 193 (cento e noventa e três) dias-multa, e também pela prática do delito previsto no art. 12 da Lei n. 10.826/03 (posse irregular de arma de fogo de uso permitido), a cumprir a pena de 1 ano de detenção e ao pagamento de 10 dias-multa. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos (fls. 14/24).

Ambas as partes interpuseram apelação, tendo sido os recursos providos, para afastar a causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006 e aplicar a fração de 1/2 para a causa redutora de pena (§ 4º do art. 33 da Lei de Drogas), redimensionando as penas do tráfico para 2 anos e 6 meses de reclusão e ao pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, bem como para cassar a substituição por restritiva de direitos e determinar a expedição, independentemente do trânsito em julgado, de mandado de prisão contra o paciente, mantida, no mais, a sentença, em acórdão assim ementado:

TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO.

Recursos bilaterais. Defensivo: pretendida absolvição geral. Impossibilidade. Autoria e materialidade bem delineadas, o que afasta a desclassificação para uso (tráfico). Atipicidade do crime do Estatuto do Desarmamento não reconhecida, por se tratar de crime de perigo abstrato. Afastamento da causa de aumento da Lei nº 11.343/06, art. 40, III. Ministerial: desejada aplicação do redutor do art. 33, § 4º na menor



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

extensão.

Readequação à fração de 1/2, proporcional à quantidade de droga. Penas elevadas. Cassação da substituição da pena privativa imposta. Regimes preservados.

Provimento parcial a ambos os recursos, com expedição, desde logo, de mandado de prisão, independentemente do trânsito em julgado (fl. 57).

No presente *writ*, a defesa alega que não é cabível a fixação de regime prisional mais gravoso, haja vista que a pena-base foi fixada no mínimo legal, o paciente é primário e possui bons antecedentes. Ressalta que a gravidade abstrata do delito não pode ser utilizada para fundamentar imposição de regime mais gravoso e invoca os enunciados n. 718 e 719 da Súmula da Suprema Corte e n. 440 da Súmula desta Corte de Justiça.

Aduz que o paciente preenche os requisitos para substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

Requer, assim, a aplicação da causa redutora de pena na fração máxima (§ 4º do art. 33 da Lei de Drogas), a fixação do regime inicial aberto, bem como a substituição da pena por restritiva de direitos.

O pedido de liminar foi parcialmente deferido *"tão somente para estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda imposta ao paciente, à luz do disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal"* (fls. 71/74).

As informações foram prestadas às fls. 92/99, 101/127 e 132/167, e o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão parcial da ordem (fls. 169/171).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 406.141 - SP (2017/0157343-2)

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 fixação do regime inicial aberto, bem como a substituição da reprimenda por restritiva de direitos.

O paciente foi preso em flagrante, pois estava na posse de 7,35 gramas de cocaína (21 *ependorfs*), além de guardar, em sua residência, uma garrucha dois tiros, bem como 3 cartuchos intactos, calibre 28.

Nesse contexto, foi condenado por tráfico privilegiado de drogas e posse irregular de arma de fogo de uso permitido, tendo o Juízo de primeiro grau fixado a pena, respectivamente, em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, vedando a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, e 1 ano de detenção, em regime aberto. O Tribunal *a quo*, por sua vez, deu parcial provimento ao apelo de ambas as partes, redimensionando a pena do delito de tráfico para 2 anos e 6 meses de reclusão e vedando a substituição da pena por restritiva de direitos, determinando a expedição do mandado de prisão, conforme se verifica:

Analisa-se a dosimetria.

As iniciais dos dois delitos partiram dos mínimos, 5 anos de reclusão e 500 dias-multa (tráfico) e 1 ano de detenção e 10 dias-multa (Estatuto do Desarmamento), daí porque prejudicada a atenuante da menoridade relativa e da confissão - que ora se reconhece, sem ingerência nas penas, com relação à posse de arma -, nos termos da Súmula nº 231 do STJ, tornando-se definitivas quanto ao segundo, à minguada de outras variáveis.

Ausentes agravantes, as sanções do tráfico, na derradeira, em razão da primariedade e ausência de prova de envolvimento em organização criminosa, sofreram redução de 2/3 - 1 ano, 8 meses de reclusão e 166 dias-multa -, por força da Lei Especial, art.

33, § 4º, o que se revelou por demais benevolente, mormente em razão da quantidade - não diminuta (21 porções) -, exigindo mais rigor, mercê, ainda, da natureza do entorpecente apreendido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(cocaína), ora readequando-se a 1/2, perfazendo-se 2 anos, 6 meses de reclusão e 250 dias-multa.

Ainda nesta fase, respeitado o entendimento do Juízo a quo, afasta-se a causa de aumento do art. 40, III, tornando-se, doravante, definitivas no patamar anterior. Os estabelecimentos apontados pelo croqui de fls. 136/141 encontram-se razoavelmente distantes do local dos fatos - uma igreja (não elencada no rol do art. 40, III) e um estabelecimento de ensino a aproximadamente 200 e 500 m, respectivamente.

Além disso, não há provas de que o agente tenha se valido dessa localização, supostamente privilegiada, para angariar nova "clientela".

Inviável, e nisso preciso o posicionamento do Representante do Parquet, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos prevista no CP, art. 44, ainda que agora possível, depois de a Resolução nº 5/2012, do Senado Federal ter suspenso a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, declarada inconstitucional por decisão do Supremo Tribunal Federal nos autos do HC nº 97.256/RS, porque ainda encontraria óbice no próprio CP, art. 44, cujos requisitos não estão preenchidos, tendo em vista a elevada culpabilidade, demonstrada na gravidade concreta da conduta social e não se mostrar socialmente recomendável e suficiente para a prevenção e repressão do delito de tráfico, impulsionador de uma verdadeira série delitiva, assolando a sociedade de forma funesta, mercê da natureza devastadora da droga - cocaína.

Pelos mesmos motivos, de rigor a manutenção do regime fechado, porque outro mais brando não atenderia à gravidade concreta da conduta, já exaustivamente explanada - inexistindo ofensa às Súmulas nº 718 e nº 719 do STF e nº 440 do STJ -, o que, igualmente, e diante da cassação ora operada, impõe o decreto de prisão preventiva em seu desfavor, com lastro no CPP, art. 312, para garantia da ordem pública, bem como assegurar a aplicação da lei penal, não sendo o caso das medidas cautelares substitutivas da prisão, as quais se revelariam inadequadas e insuficientes (CPP, art. 282) ao caráter repressivo da pena.

Aliás, é entendimento consolidado nos Tribunais Superiores que, presentes os requisitos autorizadores da segregação cautelar, despiciendo o agente possuir condições pessoais favoráveis, pelo que irrelevante eventual residência fixa, vinculação ao distrito da culpa etc.

Confira-se: STJ - HC 248069/RJ - Ministro CAMPOS MARQUES - Quinta Turma - DJe de 14/06/2013.

Mesmo que assim não fosse, a imediata custódia já seria de todo viável, considerando-se que eventual recurso especial e extraordinário que vierem a ser interpostos somente terão efeito devolutivo - CPP, art. 637 -, por não configurarem desdobramentos do duplo grau de jurisdição - não se prestam ao debate da matéria fática probatória, versando, estritamente, à matéria de direito (Súmula nº 279/STF e nº 7/STJ) -, de acordo, ainda, com recente decisão do Excelso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pretório, Guardião da Constituição (art. 102, caput) - “a quem cabe a última palavra sobre o sentido normativo das regras constitucionais” (AgReg no AgReg no RE 599.633/DF, Rel. Min. LUIZ FUX, j. em 02/04/13) -, que deliberou pela plena possibilidade de imposição de medidas restritivas de liberdade, antes do trânsito em julgado.

Confira-se: “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” (STF, HC nº 126.292, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, j. em 17/02/2016), posicionamento reafirmado pela Suprema Corte, no recente julgamento das ADC nº 43 e ADC nº 44, ambas do DF.

No que pertine ao crime do Estatuto do Desarmamento, por ser apenado com detenção e em razão das peculiaridades, mantém-se a modalidade aberta, como acertadamente fixada.

A teor do disposto no CP, art. 69, caput, parte final, regente do concurso material de crimes, no caso de aplicação cumulativa de pena reclusiva e detentiva, como na hipótese, não se opera qualquer soma, porque a execução se dá de forma separada:

primeiro aquela e depois esta, o que se impediria quando indevidamente adicionadas, devendo ser consideradas separadas, porque de naturezas diversas.

Nem se alegue ser possível a conversão dessa detentiva em restritivas de direitos, diante da vedação expressa do CP, art. 69, § 1º, in litteris:

“Art. 69 (...) § 1º - Na hipótese deste artigo, quando ao agente tiver sido aplicada pena privativa de liberdade, não suspensa, por um dos crimes, para os demais será incabível a substituição de que trata o art. 44 deste Código”.

O perdimento do dinheiro e celular (fls. 51/52) foi bem decretado em favor da União, com posterior destinação ao Funad - Fundo Nacional Antidrogas -, nos termos da Lei nº 11.343/06, art. 63, § 1º, porque proveniente do tráfico.

Por fim, porque integralmente analisadas as pretensões recursais, consideram-se devidamente prequestionadas.

Diante do exposto, dá-se parcial provimento a ambos os recursos, para afastar a causa de aumento da Lei nº 11.343/06, art. 40, III, redimensionar as penas do tráfico a 2 (dois) anos, 6 (seis) meses de reclusão e 250 (duzentos e cinquenta) dias- multa, cassar a substituição por restritiva de direitos e determinar a expedição, desde logo, independentemente do trânsito em julgado, de mandado de prisão contra Jeferson Alexandre Leopoldo Batista, mantendo-se, no mais, a sentença (fls. 61/64).

De início, quanto à aplicação da causa redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, o acórdão está em consonância com o entendimento desta Corte no sentido de que, na escolha do *quantum* de redução da pena, o Juiz deve levar em consideração a quantidade e a natureza da substância apreendida, por expressa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

previsão legal (art. 42). Ressalto, ainda, que em diversos casos, a minorante é aplicada na fração mínima (1/6) em razão da quantidade e variedade dos entorpecentes, e mesmo assim não resta evidenciado constrangimento ilegal, conforme se verifica nos seguintes julgados, *in verbis*:

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA NOVA LEI. SATISFAÇÃO DOS REQUISITOS LEGAIS. APLICABILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DE DROGA. RELEVÂNCIA PARA A FIXAÇÃO DO QUANTUM. DIREITO AO REGIME ABERTO E À SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. RESOLUÇÃO N.º 05/2012 - SENADO FEDERAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA PARTE, CONCEDIDA, INCLUSIVE, DE OFÍCIO.

[...]

2. Verificado que o delito foi cometido sob a égide da nova Lei n.º 11.343/06, e uma vez evidenciado o preenchimento dos requisitos previstos no seu art. 33, § 4.º, é de rigor a aplicação da aludida causa de diminuição, não se tratando de mera faculdade do julgador.

3. Os parâmetros fixados no art. 42 da citada Lei devem ser utilizados pelo magistrado não como forma de vedar a aplicação da minorante, mas como critério para o estabelecimento do quantum, ou seja, do grau de redução que, in casu, varia de 1/6 a 2/3.

4. Na espécie, à luz do art. 42 do mesmo Diploma Repressivo, diante da variedade, natureza e da pequena quantidade das drogas apreendidas (08 papelotes de "cocaína", pesando 4,3 gramas e dois papelotes de "maconha", pesando 3,3 gramas), faz jus o Paciente ao grau médio de redução, qual seja: 1/2.

[...]

8. Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação, reformar o acórdão recorrido e a sentença condenatória, tão somente, no que diz respeito à dosimetria da pena, que fica quantificada em 02 anos e 06 meses de reclusão, e 250 dias-multa. Concedida, ainda, a ordem, de ofício, para fixar o regime aberto para o cumprimento da pena reclusiva, e substituir a pena privativa de liberdade por duas sanções restritivas de direitos, a serem especificadas pelo Juízo das Execuções (HC 166.716/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 02/09/2014).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO FIXADA EM 1/6. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA QUE JUSTIFICAM A



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FRAÇÃO UTILIZADA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- Deve ser mantida a fração redutora de 1/6, pelo reconhecimento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando o acórdão, dentro da discricionariedade permitida por lei, fundamenta, concretamente, na quantidade e natureza da droga apreendida.

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

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

- Habeas corpus não conhecido (HC 336.468/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 19/04/2016).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006. MAIOR REPROVABILIDADE DO FATO. PERCENTUAL DE REDUÇÃO DE PENA. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO NA PRESENTE VIA. VERBETE SUMULAR N.º 7/STJ. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. FUNDAMENTO IDÔNEO PARA DETERMINAR A FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DESTA CORTE SUPERIOR. VEDAÇÃO DO ENUNCIADO N.º 83 DA SÚMULA DO STJ. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. No tocante à causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas, o legislador se ateve a fixar os pressupostos para a sua incidência deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para escolha entre a menor e a maior frações indicadas no referido dispositivo legal, cabendo ao julgador, atento às singularidades do caso concreto, dosar o decréscimo.

2. A redução no patamar de 1/6 (um sexto) foi fixado com base em elementos extraídos dos autos que indicaram a maior reprovabilidade da conduta, evidenciada na quantidade e natureza do entorpecente encontrado em poder dos insurgentes. Inviabilidade de revisão do quantum eleito na presente via na ausência de ilegalidade manifesta. Enunciado Sumular n.º 7/STJ.

3. Ademais, este Superior Tribunal de Justiça entende que a quantidade ou qualidade da droga apreendida pode ser utilizada como fundamento para a determinação da fração de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

redução da pena com base no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, circunstância que evidencia a impossibilidade de admissão do apelo nobre em razão da incidência da vedação do Verbete Sumular n.º 83/STJ, também aplicável ao recurso especial interposto com fundamento na alínea a do permissivo constitucional.

4. Agravo a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 718.015/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 28/03/2016).

No que se refere ao regime prisional, nota-se que o Tribunal *a quo* fundamentou a fixação do regime inicial fechado e a vedação à substituição da reprimenda por restritiva de direitos, com base na quantidade e natureza da droga apreendida.

Na hipótese, verifico que, apesar da cocaína ser uma droga de alto poder lesivo, a quantidade foi ínfima (7,35 g), o que não justifica a imposição do regime mais gravoso.

Dessa forma, encontra-se evidenciado o constrangimento ilegal, pois, em razão de as circunstâncias judiciais serem favoráveis (art. 59 do Código Penal – CP), de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal e de a pena aplicada ser inferior a 4 anos, o regime a ser imposto deve ser o aberto, de acordo com o disposto no art. 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal, e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO MINISTERIAL DE QUE AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO IMPEDIRIAM A FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PRIMARIEDADE E QUANTUM DE PENA ESTABELECIDO INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. REGIME ABERTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - Na hipótese, consideradas favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, sendo primário o recorrente e o quantum de pena estabelecido não excede 4 (quatro) anos, não há razão para que não se conceda ao recorrente o regime aberto para início de cumprimento de pena, ex vi do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Código Penal.

II - Ademais, não é idônea a utilização da quantidade de droga exclusivamente no momento de fixação do regime prisional, sem que tal circunstância tenha sido utilizada na primeira ou na terceira fases da dosimetria da pena Agravo regimental desprovido (AgRg no RHC 62.627/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

15/04/2016).

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE ROUBO. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. SÚMULA 440/STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO E 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. Os fundamentos genéricos utilizados na sentença não constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), contrariando a Súmula 440 deste Superior Tribunal.

3. Hipótese na qual o réu é primário e a pena-base corresponde ao mínimo legal, porquanto favoráveis as circunstâncias judiciais, sendo a pena definitiva inferior a 4 (quatro) de reclusão. A teor do art. 33, §§ 2º, alínea "c", e 3º, c/c o art. 59, ambos do CP, não se afigura idônea a justificativa apresentada para afastar a aplicação ao caso concreto do regime aberto para cumprimento inicial da pena privativa de liberdade.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de estabelecer o regime prisional aberto para o desconto da sanção corporal imposta ao paciente, salvo se por outro motivo estiver descontando pena em regime mais severo (HC 343.034/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 10/03/2016).

Noutro ponto, quanto à substituição da pena por restritiva de direitos, constato que, no julgamento do HC n. 97.256/RS da Suprema Corte, foi reconhecida a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, por meio da Resolução n. 5/2012, passando a admitir o referido benefício, nos termos do art. 44 do CP.

Destarte, observo que o paciente preenche os requisitos previstos no referido dispositivo, na medida em que as circunstâncias judiciais o favorecem e a quantidade de drogas apreendidas não foi expressiva. Assim, o acórdão impugnado merece reparo também quanto a esse ponto. Confirmam-se:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CUMPRIMENTO INICIAL EM REGIME FECHADO. GRAVIDADE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.**

[...]

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, DJe 25/05/2016).

CONSTITUCIONAL E PENA. HC. RECEPÇÃO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. REGIME FECHADO DESMOTIVADO. SÚMULA/STJ 440. **SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. WRIT NÃO CONHECIDO E HABEAS CORPUS CONCEDIDO, DE OFÍCIO.**

[...]

2. De acordo com a Súmula 440/STJ, "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"; e com a Súmula 719/STF, "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

3. Estabelecida a pena-base no mínimo legal, pois o Colegiado de origem não entendeu que as circunstâncias do crime desbordavam das ínsitas ao crime de receptação, não se mostra razoável a imposição de regime prisional mais gravoso do que o indicado pela quantidade de pena fundada na gravidade abstrata do delito. Assim, tratando-se de réu primário, cujas circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas, por força do disposto no art. 33, §§ 2º, alínea "c", e 3º, do Código Penal, deve a reprimenda ser cumprida, desde logo,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em regime aberto.

4. Nos termos do art. 44 do Estatuto Repressor Penal, se aplicada pena não superior a 4 (quatro) anos de reclusão e o crime não houver sido praticado mediante violência ou grave ameaça, desde que o réu não seja reincidente pela prática de crime doloso e a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, bem como os motivos e circunstâncias do crime indicarem a suficiência da medida, poderá a sanção corporal ser convertida em restritiva de direitos. Precedentes.

5. Malgrado preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, verifica-se não que o acórdão condenatório olvidou-se de analisar a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo a condenação transitado em julgado.

6. Writ não conhecido e habeas corpus concedido, de ofício, a fim de estabelecer o regime prisional aberto para o desconto da sanção corporal e substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juiz das Execuções Criminais (HC 348.418/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 27/05/2016).

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer do *habeas corpus*, mas de conceder a ordem, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, substituindo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito a serem especificadas pelo Juízo de Execuções, revogando o acórdão quanto à execução provisória da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0157343-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 406.141 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00002826320168260556 20170000277013 2826320168260556

EM MESA

JULGADO: 21/11/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

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 : ADRIANO LINO MENDONÇA - MG120023
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEFERSON ALEXANDRE LEOPOLDO BATISTA (PRESO)

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.