



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 327.518 - SP (2015/0144250-4)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CRISTINA SON
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALISSON SANTANA DE SOUZA

EMENTA

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

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

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

IV - A definição do regime prisional para os condenados por tráfico de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entorpecentes deve seguir a sistemática estabelecida no art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do Código Penal. Contudo, o art. 42 da Lei n. 11.343/2006 estabelece que "*o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e conduta social do agente*". Assim, tratando-se de uma circunstância judicial preponderante, a natureza e a quantidade de entorpecente, ainda que aplicada na terceira fase, e não na primeira, poderá ser utilizada para justificar a imposição de um regime prisional mais gravoso.

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

VI - O **Pretório Excelso**, nos termos da r. decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do HC n. 97.256/RS, ao considerar inconstitucional a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, contida no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06 - cuja execução foi suspensa pelo Senado Federal (Resolução n. 5 de 16/2/2012) -, permitiu a concessão da benesse legal aos condenados pelo crime de tráfico de drogas desde que preenchidos requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

VII - **Na espécie**, a redutora de tráfico eventual não foi aplicada no patamar máximo em razão da existência de **circunstância judicial desfavorável**, no caso, a **quantidade e variedade das drogas** que, a teor do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, deve inclusive preponderar sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. Dessa forma, o paciente não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, a teor do disposto no art. 44, inciso III, do CP.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício tão somente para fixar o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena do paciente, cassando-se a liminar anteriormente deferida.

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, conceder "Habeas Corpus" de ofício e cassar a liminar anteriormente deferida, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de fevereiro de 2016 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 327.518 - SP (2015/0144250-4)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, impetrado pela d. Defensoria Pública Estadual em benefício de ALISSON SANTANA SOUZA, em face de v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da apelação n. 0063026-31.2014.8.26.0050.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 291 (duzentos e noventa e um) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, § 4º, e art. 40, inciso VI, ambos da Lei n. 11.343/2006.

Irresignados, apelaram a defesa e o Ministério Público, tendo sido ambos os recursos desprovidos, à unanimidade, e mantida a r. sentença por seus próprios fundamentos.

Daí o presente **writ**, no qual sustenta a impetrante, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal ao paciente, uma vez que, conquanto fosse primário e condenado a uma pena inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, e as circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, foi fixado o regime inicial mais gravoso em razão da gravidade abstrata do delito.

Sustenta, ademais, que o paciente possui direito à substituição da pena privativa por restritiva de direitos, porquanto houve a aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

Requer a fixação do regime aberto para cumprimento da pena imposta, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi **deferido** "*para que se observe em relação ao paciente o regime aberto até o julgamento final deste habeas corpus.*" (fls. 48-50).

Informações prestadas (fls. 58-72).

O Ministério Público Federal, às fls. 131-137, manifestou-se "**pelo não**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cabimento do Habeas Corpus. Se cabível, pela concessão do Habeas Corpus - tornando definitiva a Liminar."

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 327.518 - SP (2015/0144250-4)

EMENTA

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

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

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

IV - A definição do regime prisional para os condenados por tráfico de entorpecentes deve seguir a sistemática estabelecida no art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do Código Penal. Contudo, o art. 42 da Lei n. 11.343/2006 estabelece que *"o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e conduta social do agente"*. Assim, tratando-se de uma circunstância judicial preponderante, a natureza e a quantidade de entorpecente, ainda que aplicada na terceira fase, e não na primeira, poderá ser utilizada para justificar a imposição de um regime prisional mais gravoso.

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

VI - O **Pretório Excelso**, nos termos da r. decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do **HC n. 97.256/RS**, ao considerar inconstitucional a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, contida no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06 - cuja execução foi suspensa pelo Senado Federal (Resolução n. 5 de 16/2/2012) -, permitiu a concessão da benesse legal aos condenados pelo crime de tráfico de drogas desde que preenchidos requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

VII - **Na espécie**, a redutora de tráfico eventual não foi aplicada no patamar máximo em razão da existência de **circunstância judicial desfavorável**, no caso, a **quantidade e variedade das drogas** que, a teor do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

deve inclusive preponderar sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. Dessa forma, o paciente não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, a teor do disposto no art. 44, inciso III, do CP.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício tão somente para fixar o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena do paciente, cassando-se a liminar anteriormente deferida.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014).

As Turmas que integram a col. Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Para delimitar a **quaestio**, colaciono o seguinte excerto da r. sentença



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenatória, no **punctum saliens**:

*"[...] Na fase do artigo 59 do Código Penal **fixo a pena- base no patamar mínimo**, ou seja, em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. A confissão informal perante os PMs, assim como a menoridade penal relativa, não tem o condão de reduzir a reprimenda abaixo do patamar mínimo já fixado. Considerando que a prática do delito envolvia adolescente, concluo pela prevalência da causa de aumento de pena do inc. VI, do art. 40, da Lei de Drogas e aumento a sanção em 1/6 (um sexto), o que perfaz 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 dias-multa. Tratando-se da primeira condenação do réu por tráfico de drogas, aplico em seu favor o disposto no § 4º, do art. 33, da Lei nº. 11.343/06. No entanto, **dada a quantidade e variedade de invólucros apreendidos, contendo cocaína, crack e maconha, reduzo a pena em metade, o que perfaz, em definitivo, 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão e 291 (duzentos e noventa e um) dias-multa, no piso. A extrema nocividade da ação contínua do réu no tráfico ilícito de entorpecentes e a quantidade da droga apreendida, bem justificam a aplicação da menor redução, havendo que se considerar, na hipótese vertente, o elevado risco impingido à Saúde Pública.** Isto posto, JULGO PROCEDENTE EM PARTE a ação penal para: a) CONDENAR o réu ALISSON SANTANA DE SOUZA ao cumprimento de **02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão**, além do pagamento de 291 (duzentos e noventa e um) dias-multa, cada qual no valor unitário mínimo, dando-o como incurso no artigo 33, § 4º, c.c. artigo 40, inciso VI, ambos da Lei nº. 11.343/06; e b) ABSOLVÊ-LO, com fundamento no artigo 386, VII, do CPP, do cometimento do delito tipificado no artigo 35, "caput", da Lei nº. 11.343/06. O tráfico ilícito de drogas é crime equiparado aos hediondos, sendo vedada a aplicação dos substitutivos penais (CP, art. 44), do "sursis" ou de benesses correlatas. **Deverá o sentenciado iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime fechado, consoante norma cogente do artigo 2º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.072/90 (com redação dada pela Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007).**[...]" (fl. 29, grifei).*

O v. acórdão vergastado, por sua vez, confirmou a r. sentença de primeiro grau. Eis o que consta do v. acórdão reprochado:

"[...] O d. Magistrado aplicou o redutor previsto no § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas, a razão de 1/2, o que se mostrou correto, "... dada a quantidade e variedade ..." das drogas apreendidas.

Assim, a condenação como imposta e, as penas como aplicadas, devem ser mantidas eis que adequadas, não merecendo qualquer reparo.

*Busca ainda ALISSON o abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena, no entanto, **a imposição do regime prisional fechado decorre de disposição expressa da lei (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90), fator impeditivo do acolhimento dessa pretensão; ademais, as circunstâncias do caso concreto, com a variedade das drogas apreendidas exigem o maior rigor.***

*Por fim, **destaco que sua pretensão de substituição da pena privativa de***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade por pena restritiva de direitos, não comporta acolhimento, mesmo diante do quanto reconhecido pelo Colendo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no HC nº 98.769/SP e, Resolução nº 5, de 15.02.2012, do Senado Federal, que suspendeu a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", contida no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, declarada inconstitucional pelo Guardião Maior da Carta Constitucional.

E que, no caso, a substituição fará com que a pena privativa de liberdade aplicada perca consideravelmente a sua força retributiva e preventiva diante do gravíssimo crime de tráfico de drogas, mesmo que na sua forma privilegiada, ante a quantidade e a natureza das drogas apreendidas (24 porções de cocaína, 11 pedras de 'crack' e 41 trouxinhas de maconha), que, se não se apresenta como fator impeditivo da incidência do redutor, ao menos deve agir para impedir a substituição" (fls. 42-43, grifei).

Verifica-se, portanto, que o v. acórdão atacado aplicou o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, fixando o regime inicial fechado.

Acerca do tema, como cediço, insta consignar que o Plenário do col. **Supremo Tribunal Federal** declarou inconstitucional o art. 2º, §1º, da Lei 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07, não sendo mais possível a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base apenas no mencionado dispositivo legal. Em outras palavras, o estabelecimento do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração os critérios constantes dos artigos 33 e 59, ambos do Código Penal.

Este, aliás, é entendimento perfilhado por esta Corte, consoante se verifica dos seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS, PORTE ILEGAL DE ARMA E RECEPÇÃO. PENAL. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. DESCABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. SANÇÃO MAIOR QUE QUATRO ANOS. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. RÉU PRIMÁRIO E SEM MAUS ANTECEDENTES. ADEQUAÇÃO. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

[...]

7. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

8. Fixada a pena-base no mínimo legal, inexistindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, em se tratando de réu primário e com bons antecedentes, não existe razão para negar o regime inicial semiaberto.

9. Ordem de habeas corpus não conhecida. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, para, mantida a condenação, fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente" (HC n. 239.999/MS, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 21/8/2014 - grifei).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. QUANTIDADE DE DROGAS. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

[...]

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 restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

4. In casu, a imposição do regime inicial fechado baseou-se, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores. Ademais, sequer foi analisada a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos quanto aos pacientes DEIVID e SIDNEY.

[...]" (HC n. 271.147/SP, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 26/9/2014 - grifei).

No entanto, o regime de cumprimento de pena não pode ser fixado inicialmente no aberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Explico. Considerando-se apenas o **quantum** de pena aplicado (2 anos e 11 meses de reclusão), o regime aplicado poderia, a princípio, ser menos gravoso. **Não obstante, não se pode olvidar que a quantidade e variedade de entorpecentes foi considerada na dosimetria da pena**, na terceira fase, para modular o **quantum** da minorante insculpada no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, conforme exposto acima.

Sobre a **quaestio**, insta consignar o que dispõe o art. 42 da Lei 11.343/2006, segundo o qual *"o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente."*

Ademais, faz-se necessário ressaltar que o col. **Supremo Tribunal Federal**, por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual caracteriza **bis in idem** tal valoração tanto na primeira quanto na terceira fase do cálculo da pena (ARE n. 666.334 RG/AM, **Tribunal Pleno**, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, DJe de 6/5/2014).

Forçoso concluir, assim, que permitiu o col. STF, **mutatis mutandis**, a valoração de tal circunstância desfavorável (a quantidade e a natureza do entorpecente) na primeira **ou** na terceira fase da dosimetria da pena, em relação ao delito de tráfico de entorpecentes.

Na espécie, como visto, a referida circunstância foi valorada negativamente na **terceira fase** da dosimetria para modular o **quantum** da aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. **Sendo desfavorável**, impede, portanto, a fixação do regime aberto unicamente em razão da quantidade de pena imposta ao paciente, **ex vi** dos artigos 33, §2º, c, e §3º, do CP, e 42 da Lei 11.343/2006. A corroborar tal entendimento, o seguinte precedente:

"HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. VALORAÇÃO NA TERCEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA. POSSIBILIDADE. REDUTOR EM 1/6.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. REGIME INICIAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE EM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. A jurisprudência firmou o entendimento de que, como o legislador não estabeleceu especificamente os parâmetros para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, devem ser consideradas, para orientar o cálculo da minorante, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e, especialmente, o disposto no art. 42 da Lei de Drogas.

2. **Não há ilegalidade a ser sanada no ponto em que foi aplicada a diminuição da pena em 1/6 na terceira etapa da dosimetria, pois a instância ordinária destacou, para tanto, a quantidade, a variedade e a natureza das drogas apreendidas - 162 porções de crack (435,2 g), 94 porções de cocaína (43,8 g) e 262 porções de maconha (1.013 g) -, não valoradas na primeira fase da dosimetria da pena.**

3. **Nos crimes de tráfico de entorpecentes, a escolha do regime prisional inicial deve levar em consideração a quantidade da pena imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e as demais peculiaridades do caso concreto (como a natureza e a quantidade de drogas apreendidas, por exemplo), para que, então, seja escolhido o regime carcerário que, à luz do disposto no art. 33 e parágrafos do Código Penal, se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.**

4. O regime inicial fechado foi devidamente estabelecido pelo Juiz sentenciante, em razão da gravidade do tráfico, já destacada na motivação global da sentença penal condenatória, que bem evidenciou a apreensão de grande quantidade e variedade de drogas.

5. *Habeas corpus não conhecido*" (HC n. 327.448/SP, Sexta Turma, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 5/10/2015, grifei).

Dessarte, entendo haver ilegalidade flagrante apta a ensejar a concessão da ordem de ofício, no que tange ao regime inicial fixado.

Passo, então, ao exame do pleito relativo à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Sobre o tema, importante gizar que o Plenário da Suprema Corte, nos autos do HC n. 97.256/RS, julgou inconstitucional a vedação contida no § 4º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n. 11.343/2006, o que resultou na edição da Resolução n. 5/2012 do Senado Federal, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Em outras palavras, atualmente se mostra possível, **em tese**, a substituição da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena privativa de liberdade por restritiva de direitos nos casos de condenação pelo delito de tráfico de entorpecentes.

No entanto, não obstante seja possível a **substituição**, haja vista o montante final da pena aplicada não ultrapassar quatro anos, **as circunstâncias do caso concreto indicam não ser ela recomendável**.

Isso porque a redutora de tráfico eventual não foi aplicada no patamar máximo em razão da existência de **circunstância judicial desfavorável**, no caso, a **quantidade e variedade das drogas** que, a teor do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, deve inclusive preponderar sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do CP.

Assim, em observância ao disposto no art. 44, inciso III, do CP, não se revela possível a substituição da pena. Conforme já decidiu esta Corte, *"a possibilidade de substituição da reprimenda por medidas restritivas de direitos foi concretamente afastada, diante da quantidade de drogas, que indica não ser a medida suficiente à prevenção e repressão do delito"* (HC n. 314.207/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 13/4/2015).

Ademais, tenho que entender em sentido contrário, **penso eu**, a fim de se verificar que a possibilidade de substituição da pena privativa por restritiva de direitos não é possível na presente via, uma vez que tal análise demandaria impreterivelmente a incursão na seara fático-probatória dos autos, o que, conforme iterativa jurisprudência desta eg. Corte, revela-se inviável nestes estreitos limites de cognição do **writ**.

Ante o exposto, não conheço do presente **habeas corpus**.

Concedo, todavia, a ordem de ofício, para fixar o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena do paciente, cassando a liminar anteriormente deferida.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0144250-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 327.518 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00630263120148260050 13202014 20150000276183 38502014 630263120148260050

EM MESA

JULGADO: 04/02/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CRISTINA SON
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALISSON SANTANA DE SOUZA

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, concedeu "Habeas Corpus" de ofício e cassou a liminar anteriormente deferida, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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