



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 365.531 - SP (2016/0204618-1)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DJALMA FREGNANI JUNIOR
ADVOGADO : DJALMA FREGNANI JUNIOR - SP169098
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GILLIARD ALTAIR APARECIDO PEREIRA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL SEM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE. REDUÇÃO AO PATAMAR MÍNIMO. REGIME INICIAL FECHADO IMPOSTO COM BASE NA HEDIONDEZ DO CRIME. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 2º DA LEI N. 8.072/1990, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 11.464/2007. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. SÚMULA N. 440 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E N. 718 E 719 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. PACIENTE PRIMÁRIO, DE BONS ANTECEDENTES E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS BENÉFICAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. A jurisprudência das Cortes Superiores entende ser inadmissível a impetração de *habeas corpus* em substituição a recurso próprio, mas ressalta a possibilidade da concessão da ordem, de ofício, quando houver flagrante ilegalidade que restrinja a liberdade de locomoção do paciente.

2. No tocante à fixação da pena-base, verifico a ausência de fundamentação idônea apta a ensejar sua elevação. O Magistrado sentenciante, ao analisar as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, utilizou-se de elementares do tipo, gravidade abstrata do delito e fundamentos genéricos para desaboná-las, justificando, assim, a elevação da reprimenda na primeira fase.

Trata-se de agente primário, surpreendido na posse de pequena quantidade de droga, não exsurto dos autos qualquer fato que imprima valoração negativa das circunstâncias judiciais prevista no art. 59 do CP. Assim, impõe-se a redução da pena base ao patamar mínimo legal

Dosimetria refeita.

3. É firme neste Tribunal Superior a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. Súmula n. 440 desta Corte e as de n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

Ademais, o óbice à fixação de regime diverso do fechado, apontado pelo Tribunal *a quo* em relação aos crimes hediondos e equiparados, foi superado pelo Supremo Tribunal Federal, que declarou a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007

Reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade do réu, a quem foi imposta reprimenda definitiva inferior a 4 anos de reclusão, cabível a imposição do regime aberto para iniciar o cumprimento da sanção corporal, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP.

4. O paciente preenche os requisitos previstos no art. 44 do CP para a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direito, na medida em que é primário, de bons antecedentes, e as circunstâncias judiciais o favorecem.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 166 dias-multa, e substituir a reprimenda privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem especificadas pelo Magistrado de primeiro grau.

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), 25 de outubro de 2016(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 365.531 - SP (2016/0204618-1)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
IMPETRANTE : DJALMA FREGNANI JUNIOR
ADVOGADO : DJALMA FREGNANI JUNIOR - SP169098
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GILLIARD ALTAIR APARECIDO PEREIRA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio impetrado em favor de GILLIARD ALTAIR APARECIDO PEREIRA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0003192-16.2013.8.26.0153).

Infere-se dos autos que o paciente foi sentenciado como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 (tráfico ilícito de entorpecentes) à pena de 2 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso em acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL - Tráfico de entorpecentes - Autoria e materialidade delitiva comprovadas - penas e regime bem aplicados - Recurso de apelação do Réu não provido. (fl. 34)

No presente *writ*, a defesa aponta constrangimento ilegal na fixação do regime inicial fechado de cumprimento de pena. Sustenta que a modalidade mais gravosa foi imposta somente a partir da hediondez do crime. Ressalta que as circunstâncias judiciais foram favoráveis ao réu e foi-lhe aplicada a minorante de pena à ordem máxima de 2/3 (dois terços). Invoca a Súmula n. 440 desta Corte e as de n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

Pugna, assim, pela fixação do regime inicial aberto de cumprimento de pena, com substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos.

Liminar indeferida (fl. 43).

Informações prestadas às fls. 56/67 e 68/87.

O Ministério Público Federal opinou, em parecer de fls. 92/100, pela concessão da ordem "para fixar o regime inicial aberto, substituir a pena privativa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade por restritiva de direitos e, de ofício, fixar a pena-base no mínimo legal" (fl. 100).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 365.531 - SP (2016/0204618-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (Relator):

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça.

Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

Estes foram os fundamentos adotados em sentença para dosar a pena do paciente e fixar-lhe o regime inicial fechado:

O consumo de um único cigarro de maconha ou de uma única cápsula de cocaína cria a dependência para o usuário. Isso significa que o traficante ao vender uma única porção destes entorpecentes está escravizando o usuário. A partir de então, ele necessitará mais e mais, sendo praticamente impossível deixá-lo. O réu não é inculto. Tem consciência dos perversos efeitos que o consumo da cocaína e da maconha acarretam na sociedade. Ao invés de trabalhar honestamente, optou o réu por obter vantagem ilícita com a venda de drogas, razão pela qual fixo a pena base em sete (7) anos e setecentos (700) dias multa com valor unitário mínimo.

Levando-se em consideração que o réu preenche os requisitos do §4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, reduzo as penas de dois terços (2/3), ou seja, quatro (4) anos e oito (8) meses de reclusão e quatrocentos e sessenta e seis (466) dias-multa, totalizando dois (2) anos e quatro (4) meses de reclusão e duzentos e trinta e quatro (234) dias-multa com valor unitário mínimo.

Ante o exposto e o mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE a ação a fim de condenar GILLIARD ALTAIR APARECIDO PEREIRA, qualificado nos autos, às penas de dois (2) anos e quatro (4) meses de reclusão e duzentos e trinta e quatro (234) dias-multa com valor unitário mínimo, por incurso no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06.

O réu deverá cumprir a pena privativa de liberdade inicialmente no regime FECHADO (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90). Declaro a perda, em favor da União, a fim de constituir-se recurso do FUNAD, da importância de R\$ 20,00. (fls. 24)

Devolvida a matéria ao Tribunal de origem, assim se manifestou o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Colegiado:

As penas foram fixadas, na r. sentença, em montante adequado para a repressão e prevenção do crime cometido pelo Apelante, nos termos do artigo 42 da Lei nº 11.343/06.

Houve a diminuição máxima (em 2/3) em razão da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º da Lei 11.343/06. Assim, não há mais como reduzir a pena.

O regime inicial fechado também deve ser mantido, ante a hediondez do delito por equiparação, a gravidade e nocividade concreta da conduta e também evidenciada pela natureza e quantidade da droga apreendida, com fundamento no § 3º do artigo 33 do Código Penal.

Assim sendo, nega-se provimento ao recurso defensivo, mantendo-se a r. sentença em seus integrais termos. (fl. 38)

Compulsando os autos, verifica-se que o paciente, sem antecedentes criminais, foi condenado por tráfico ilícito de entorpecentes porque surpreendido com a quantia de 0,79 grama (setecentos e noventa miligramas) de maconha e 2,27 g (dois gramas e duzentos e setenta miligramas) de cocaína, além de vinte reais em numerário.

Tem razão o Ministério Público Federal quando aponta ilegalidade no recrudesimento da pena-base acima do patamar mínimo legal.

A dosimetria da pena deve ser feita seguindo o critério trifásico descrito no art. 68, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, e, no caso de fundamentação baseada na quantidade e/ou natureza do entorpecente, aplica-se o art. 42 da Lei n. 11.343/06, cuja norma prevê a preponderância de tais circunstâncias em relação às demais previstas no art. 59 do Código Penal, cabendo ao Magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico.

In casu, não se extrai das instâncias ordinárias qualquer elemento concreto que justifique a fixação da reprimenda básica acima do patamar mínimo legal, de cinco anos. Com efeito, trata-se de agente primário, surpreendido na posse de pequena quantidade de droga, não exsurindo dos autos qualquer fato que imprima valoração negativa das circunstâncias judiciais prevista no art. 59 do Código Penal.

Assim, impõe-se a redução da pena base ao patamar mínimo legal.

Nesse sentido, já tive a oportunidade de decidir:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL SEM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE. REDUÇÃO AO PATAMAR MÍNIMO. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ENUNCIADO N. 440 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ E N.718 E 719 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. PACIENTE PRIMÁRIO, DE BONS ANTECEDENTES E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS BENÉFICAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO. CONCEDIDA A ORDEM DE OFÍCIO.

1. A jurisprudência das Cortes Superiores entende ser inadmissível a impetração de habeas corpus em substituição a recurso próprio, mas ressalta a possibilidade da concessão da ordem de ofício quando houver flagrante ilegalidade que restrinja a liberdade de locomoção do paciente.

2. No tocante à fixação da pena-base, verifico a ausência de fundamentação idônea apta a ensejar sua elevação. O magistrado sentenciante, ao analisar as circunstâncias do art. 59 do Código Penal - CP, utilizou-se de elementares do tipo, gravidade abstrata do delito, fundamentos genéricos e condenações por fatos posteriores para desaboná-las, justificando, assim, a elevação da reprimenda na primeira fase.

Dessa forma, imperiosa a reforma das decisões de piso, quanto ao ponto, para reduzir a sanção básica ao mínimo legal, ante a ausência de elementos concretos aptos a fundamentar a sua exasperação.

[...] Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício nos termos da fundamentação (HC 241.650/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, DJe 21/6/2016)

Assim, refaço a dosimetria da pena.

Na primeira fase, como acima exposto, a pena base deve ser fixada no patamar mínimo legal, de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, porque ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente.

Inexistentes agravantes ou atenuantes genéricas na segunda etapa, mantém-se a reprimenda básica, que se reduz de 2/3 (dois terços) na terceira etapa pela aplicação, em grau máximo, da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Assim, alcança-se uma reprimenda definitiva de 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa.

O regime inicial de cumprimento de pena também merece reparos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É firme neste Tribunal a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. A propósito, a Súmula n. 440 desta Corte, que consagra o seguinte entendimento:

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".

No mesmo sentido, são as Súmulas de n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, que preconizam:

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

A par da alteração da pena-base dada acima, o regime inicial fechado estabelecido na sentença e mantido pelo acórdão impugnado não se sustenta, ante a ausência de fundamentação idônea, sobretudo se consideradas as circunstâncias judiciais favoráveis de que cuida o art. 59 do Código Penal.

Dessarte, consoante orientação jurisprudencial desta Corte Superior, a mera referência genérica, pelas instâncias ordinárias, à lesividade da droga e à gravidade abstrata do delito de tráfico não constitui motivação suficiente, por si só, para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso.

Ademais, o óbice à fixação de regime diverso do fechado, apontado pelo Tribunal *a quo* em relação aos crimes hediondos e equiparados, foi superado pelo Supremo Tribunal Federal, que declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007.

Nessa toada, reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade do réu, a quem foi imposta reprimenda definitiva inferior a 4 anos de reclusão, cabível a imposição do regime aberto para iniciar o cumprimento da sanção corporal, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Por oportuno, confirmam-se os seguintes precedentes:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REGIME PRISIONAL. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/2007. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI N. 11.464/2007. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE MODO DIVERSO DO FECHADO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA A JUSTIFICAR O REGIME MAIS GRAVOSO. FAVORABILIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CP. COAÇÃO ILEGAL CARACTERIZADA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, com a redação que lhe foi conferida pela Lei 11.464/2007, que estabelecia o modo inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos delitos hediondos cometidos após a sua entrada em vigor, o regime prisional para esses tipos de crimes deve agora ser fixado de acordo com o previsto no artigo 33 do Código Penal.

2. No caso dos autos, a Corte de origem manteve o modo inicial fechado baseando-se na previsão contida na hediondez e na suposta gravidade do crime, a despeito de a reprimenda ter sido estabelecida em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão.

3. Entretanto, afastado o fundamento relativo à hediondez do delito e tendo em vista que a gravidade do ilícito não justifica a manutenção do modo fechado, porquanto a quantidade de entorpecente apreendido não foi exacerbada, e considerando, ainda, a primariedade do paciente, a favorabilidade das circunstâncias judiciais e a fixação da pena-base no mínimo legal, imperiosa a alteração para o regime inicial semiaberto.

[...] Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício de ofício a fim de reduzir a pena para 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão e pagamento de 417 (quatrocentos e dezessete) dias-multa, e alterar o regime inicial para o semiaberto. (HC 353.118/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 4/10/2016)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PELO TRÁFICO PRIVILEGIADO, PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. QUANTIDADE, VARIEDADE E NOCIVIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS QUE JUSTIFICAM A FRAÇÃO ESCOLHIDA. REPRIMENDA MANTIDA. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM LASTRO NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME ABERTO DEFERIDO, POIS PRESENTES OS REQUISITOS LEGAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- 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.

- Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta, é necessário fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas 440/STJ e 718 e 719 do STF.

- Hipótese em que, sendo o paciente primário, condenado à pena não superior a 4 anos de reclusão, com análise favorável das circunstâncias judiciais, é cabível o regime inicial aberto, conforme art. 33, § 2º, alínea c, do CP. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para, confirmando a liminar deferida, modificar o regime de cumprimento da pena para o inicial aberto (HC 367.921/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 30/9/2016)

PENAL. HABEAS CORPUS. INDEFERIMENTO DE LIMINAR. NÃO CABIMENTO. SUPERAÇÃO DO ENUNCIADO N. 691 DA SÚMULA DO STF. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIALMENTE FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

II - Na hipótese, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de liminar em habeas corpus, manteve a decisão da magistrada de 1ª instância, que fixou o regime fechado para o início do cumprimento da pena, fundamentado na gravidade em abstrato do delito.

III - Contudo, o Enunciado 440, da Súmula do STJ afirma que "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".

IV - In casu, da análise dos fundamentos expostos pelas instâncias ordinárias, quando da realização da dosimetria da pena, verifica-se que as circunstâncias judiciais do paciente foram avaliadas de modo inteiramente favorável, bem como que se trata de indivíduo primário, razão pela qual o regime que melhor atende sua situação, nos termos do art. 33, § 2º, c, e § 3º, do Código Penal, é o aberto.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime inicial aberto para o cumprimento da pena (HC 304.311/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 27/11/2014)

De outro lado, entendo também que as decisões das instâncias ordinárias merecem reparo quanto ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito. Observo que o paciente preenche os requisitos previstos no art. 44



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do Código Penal, na medida em que é primário, de bons antecedentes, e as circunstâncias judiciais o favorecem. No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. VIA INADEQUADA. VIABILIDADE DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, §4.º, DA LEI N.º 11.343/2006 EM PATAMAR SUPERIOR AO RECONHECIDO NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL E QUANTUM TOTAL DA PENA INFERIOR A 04 (QUATRO) ANOS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. SÚMULA N.º 440/STJ. PACIENTE QUE PREENCHE OS REQUISITOS PARA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, CONCEDIDO.

[...] A Paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, pois é primária, teve sua pena-base fixada no mínimo legal, e o quantum total da pena aplicada, com as alterações aqui realizadas, é inferior a 04 (quatro) anos de reclusão.

6. Ordem de habeas corpus parcialmente conhecida e, nessa extensão, concedida, para, mantida a condenação da Paciente, aumentar o grau de redução pela minorante do art. 33, §4.º, da Lei n.º 11.343/2006 e, por conseguinte, fixar o regime prisional aberto e substituir a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, a serem especificadas pelo Juízo das Execuções (HC 234.389/SP. Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJe 21/6/2013).

[...]

NARCOTRÁFICO PRIVILEGIADO. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 44 DA LEI 11.343/06 PELO STF. SUSPENSÃO DA NORMA PELO SENADO. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. REQUISITOS LEGAIS. PREENCHIMENTO. COAÇÃO ILEGAL EVIDENCIADA.

1. Considerando-se a declaração de inconstitucionalidade incidental, pelo STF, dos arts. 33, § 4º, e 44 da Lei 11.343/2006, na parte em que vedavam a substituição da pena reclusiva por medidas alternativas, e a suspensão da sua execução, pelo Senado Federal, não mais subsiste o fundamento para impedir a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

2. A pequena quantidade de entorpecente capturado e o fato de o paciente ser primário e sem antecedentes criminais são de molde a justificar a substituição da reclusiva por duas penas alternativas, por ser socialmente recomendável, diante da suficiência da medida e das especificidades do caso concreto. Exegese do art. 44 do CP.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

3. *Writ não conhecido, concedendo-se, contudo, habeas corpus de ofício para: a) aplicar a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 no patamar de 2/3 (dois terços), tornando a reprimenda do paciente definitiva em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa;*

b) substituir a pena reclusiva por duas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo da Execução; e c) fixar o regime inicial aberto (HC 240.986/MA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 1/2/2013).

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do *habeas corpus*, porque substitutivo de recurso, mas pela concessão da ordem, de ofício, para redimensionar a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 166 dias-multa, e substituir a reprimenda privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem especificadas pelo Magistrado de primeiro grau.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0204618-1

HC 365.531 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00031921620138260153 12232013 20150000862382 31921620138260153

EM MESA

JULGADO: 25/10/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DJALMA FREGNANI JUNIOR
ADVOGADO : DJALMA FREGNANI JUNIOR - SP169098
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GILLIARD ALTAIR APARECIDO PEREIRA (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.