



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 366.916 - SP (2016/0213487-9)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FABIANA CAMARGO MIRANDA GUERRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANTONIO FELIPE GOMES DE LIMA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À SANÇÃO CORPORAL TOTAL DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NÃO APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE ILÍCITA NÃO EVIDENCIADA. RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO. FRAÇÃO MÁXIMA DE 2/3 APLICADA, PARA EVITAR O VEDADO *NE BIS IN IDEM*. PENA REDUZIDA PARA PATAMAR INFERIOR A 4 ANOS. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE NÃO RECOMENDAM O BENEFÍCIO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO

– O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

– Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

– Não há como manter a fundamentação utilizada pelo Tribunal de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

origem, que não reconheceu a figura do tráfico privilegiado sob a tese de que o paciente dedica-se a atividades criminosas, quando as circunstâncias do delito não apontam referida dedicação.

– Reconhecido o tráfico privilegiado, a pena provisória deve ser reduzida na fração máxima de 2/3, pois configura indevido *bis in idem* a utilização da quantidade/nocividade da droga para fundamentar o estabelecimento da pena-base acima do mínimo legal e, também, para definir o *quantum* de redução na aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

– O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi 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 necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas 440/STJ e 718 e 719 do STF.

– Na espécie, consigne-se que, embora o paciente seja primário e o novo montante da pena (1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão) comporte, em princípio, o regime aberto, o regime intermediário, qual seja, o semiaberto, é o que mais se amolda ao caso concreto, ante a quantidade e a nocividade da droga apreendida, elementos que, inclusive, justificaram a fixação da pena-base acima do mínimo legal. Precedentes.

– No que tange à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ao analisar o HC n. 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir tal possibilidade, nos termos do art. 44 do Código Penal, reconhecendo 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.

– Ainda que o *quantum* de pena fixado seja inferior a 4 anos, a quantidade e a nocividade do entorpecente apreendido não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. Precedentes.

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, redimensionando as penas do paciente para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 195 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.



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 "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de outubro de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 366.916 - SP (2016/0213487-9)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FABIANA CAMARGO MIRANDA GUERRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANTONIO FELIPE GOMES DE LIMA

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ANTONIO FELIPE GOMES DE LIMA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0016690-66.2014.8.26.0050).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, incidente a minorante prevista no § 4º do mesmo artigo e a majorante constante do art. 40, VI, do mesmo estatuto (fls. 16/27).

Irresignadas, acusação e defesa interpuseram apelações, havendo a Corte local negado provimento ao recurso defensivo e provido o apelo ministerial para exasperar a pena-base e afastar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, redimensionando-se a pena do paciente para 5 anos e 10 meses de reclusão e multa, mantido o regime inicial fechado (fls. 28/40). Segue a ementa do acórdão:

Tráfico de drogas - Recurso ministerial requerendo seja fixada a pena base acima do mínimo legal e afastado o redutor previsto no §4º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/06 - Recurso defensivo requerendo a absolvição por insuficiência probatória e, subsidiariamente, a redução da pena base aquém do mínimo legal, em razão da incidência da atenuante da menoridade relativa, a imposição do regime aberto para o cumprimento da pena e a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos - Provas francamente incriminadoras para o delito de tráfico - Depoimentos dos policiais militares merecedores de credibilidade - Drogas em quantidade e variedade, embaladas individualmente para o comércio - Circunstâncias reveladoras da habitualidade no exercício do comércio ilícito - Abordagem em ponto conhecido pelo tráfico de entorpecentes - Apreensão de dinheiro e aparelhos celulares - Impossibilidade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desclassificação para o uso - Dosimetria da pena - Pena base reparada - Drogas em quantidade, variedade e de alto poder lesivo - Art. 42 da Lei - Exasperação em 1/6 (um sexto) para melhor atender aos critérios da reprovabilidade da conduta e da suficiência na pena - Réu relativamente menor - Atenção à Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça - Causa de aumento prevista no art. 40, inciso VI, da Lei corretamente aplicada - Envolvimento de adolescente no comércio ilícito - Mantido o regime inicial fechado em virtude da gravidade e danosidade social provocada pelo crime de tráfico de drogas, bem como pelas circunstâncias em que o delito fora praticado - Inaplicável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos - Negado provimento ao recurso defensivo e dado provimento ao recurso ministerial.

No presente *mandamus* (fls. 1/13), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois: **a)** afastou a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, embora preenchidos os requisitos legais para a sua incidência, além de sopesar a quantidade da droga para exasperar a pena-base e como fundamento para afastar a minorante, incorrendo em *bis in idem*; e **b)** manteve o regime inicial fechado sem fundamentação idônea, sendo que a pena aplicada permite a fixação de regime prisional mais brando. Em razão do redimensionamento da pena, defende ser cabível o estabelecimento do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Ao final, formula pedido liminar para que o paciente seja colocado em regime aberto e, no mérito, pede a concessão da ordem para que seja reconhecida a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, redimensionando-se a pena do paciente, além da fixação do regime prisional aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Pedido liminar indeferido (fls. 43/45).

Informações prestadas às fls. 55/97 e 100/115.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela concessão *ex officio* da ordem, *para aplicar o redutor disposto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343, no percentual de 2/3, redimensionando-se a pena para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e 195 dias multa, no regime inicial semiaberto (fl. 126).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 366.916 - SP (2016/0213487-9)

VOTO

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

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpra analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Quarta Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa da paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Como já consignado no relatório, busca-se, inicialmente, o reconhecimento de constrangimento ilegal na dosimetria da pena, pois afastada a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 quando preenchidos os requisitos legais pelo paciente. Além disso, sustenta a ofensa ao primado do *ne bis in idem*, uma vez a quantidade da droga foi utilizada para justificar o afastamento da pena-base do mínimo legal e, novamente, para impedir o reconhecimento do tráfico privilegiado.

A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

flagrante desproporcionalidade.

No caso, o sentenciante condenou o ora paciente à pena de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, incidente a minorante prevista no § 4º do mesmo artigo e a majorante constante do art. 40, VI, do mesmo estatuto.

O Tribunal de origem, por seu turno, ao dar parcial provimento ao apelo ministerial, exasperou a pena-base em 1/6 acima do mínimo legal, aplicou a atenuante da menoridade, manteve a causa de aumento do art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006 e afastou o reconhecimento da minorante prevista no § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal com lastro na seguinte fundamentação (fls. 36/38):

As penas e o regime fixados para o réu comportam reparos, merecendo acolhida o recurso ministerial.

A pena base deve ser fixada acima do mínimo legal, atendendo as diretrizes do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei n.º 11.343/06.

Em que pese o entendimento do d. juiz sentenciante, embora se trate de réu primário, a quantidade de drogas e a variedade (103 porções de maconha, com peso líquido de 171,7 gramas e 45 supositórios plásticos contendo cocaína, com peso líquido de 32,1 gramas), aliadas ao alto poder lesivo que provocam na sociedade, são circunstâncias preponderantes e que ensejam a elevação da pena base acima do mínimo legal, para que sejam melhor atendidos os critérios de reprovabilidade da conduta e da suficiência na apenação, razão pela qual a exasperação na fração de 1/6 (um sexto), resultando na pena base de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias multa, no piso mínimo legal.

Na segunda fase da dosimetria da pena, reconhecida a atenuante da menoridade relativa e em obediência ao teor da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, reconduzo a pena para o mínimo legal, fixando a pena provisória em 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias multa, no piso mínimo legal.

Na derradeira fase, correta a incidência do aumento na fração de 1/6 (um sexto), atinente ao fornecimento de entorpecentes para o adolescente e o seu envolvimento no tráfico de drogas, respaldado no art. 40, VI, da Lei 11.343/06, elevando-se a pena para 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias multa, no piso mínimo legal.

A aplicação do redutor do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006, não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

procede, pois não seria o caso de aplicação dessa regra, vez que as circunstâncias, como a quantidade e a variedade, bem como a forma de acondicionamento da droga, o dinheiro apreendido, certamente fruto do comércio nefasto, a apreensão em local conhecido pelo tráfico de entorpecentes são reveladoras da habitualidade no exercício do comércio ilícito.

Com efeito, em atenção ao art. 42 da Lei n.º 11.343/06, a quantidade e variedade de drogas, aliada ao alto poder lesivo que provoca na sociedade, dão mostras de que a apelante se dedicava à atividade criminosa, são fatores determinantes para não se aplicar o redutor da pena previsto no § 4º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/06.

Exige-se mais, fundamentalmente, não esteja o agente envolvido na prática de atividade ilícita habitual. E, no caso presente, o apelante foi surpreendido em local conhecido por compra e venda de entorpecentes, com maconha e cocaína em quantidade, trazendo consigo dinheiro e aparelho de telefonia celular, evidenciando não se tratar de traficante ocasional.

Assim, de rigor a reforma da r. sentença para afastar a aplicação do redutor do § 4º, art. 33, da Lei 11.343/06, nos termos do apelo do órgão acusatório.

Desta feita, fixo a pena definitiva em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias multa, no piso mínimo legal.

Pela leitura dos excertos acima transcritos, observa-se que a pena-base afastou-se do mínimo legal com base na quantidade e na variedade das drogas apreendidas (171,7 gramas de maconha e 32,1 gramas de cocaína), fundamentação idônea e que se encontra alinhada ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 e à jurisprudência desta Corte, não havendo, portanto, que se falar em coação ilegal.

Por outro lado, constata-se que o Tribunal de origem não reconheceu a causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 sob a tese de que o paciente dedica-se às atividades criminosas, diante da quantidade e nocividade das drogas encontradas em seu poder e por ter sido preso em local conhecido como ponto de venda de drogas.

Sabe-se que, para a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

É bem verdade que a quantidade e a nocividade do entorpecente apreendido são fundamentos idôneos a ensejar o afastamento do tráfico privilegiado, quando, aliadas às circunstâncias em que o delito ocorreu, levarem à conclusão de que o acusado dedica-se a atividades ilícitas. Nesta linha, conferir: AgInt no AREsp 875.951/ES, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 02/08/2016, DJe 10/08/2016.

Na hipótese em comento, todavia, a quantidade da droga apreendida (171,7 gramas de maconha e 32,1 gramas de cocaína) não foi tão elevada a ponto de indicar, juntamente com as circunstâncias do delito, a dedicação do acusado às atividades ilícitas.

Assim, a fundamentação utilizada pelo Tribunal *a quo* não se sustenta para, no caso em tela, afastar a figura do tráfico privilegiado, devendo ser restabelecida, neste ponto, a sentença.

Por oportuno, reconhecido o tráfico privilegiado, a pena provisória deve ser reduzida na fração máxima de 2/3, pois configura indevido *bis in idem* a utilização da quantidade/nocividade da droga para fundamentar o aumento da pena-base e, também, para definir o *quantum* de redução na aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

A propósito:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO/DESCCLASSIFICAÇÃO. EXAME QUE DEMANDA REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. PLEITO INVIÁVEL NA VIA ELEITA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. UTILIZAÇÃO DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL (VARIEDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE) SOPESADA PARA FUNDAMENTAR O AUMENTO DA PENA-BASE E A FRAÇÃO DE REDUÇÃO DO PRIVILÉGIO. BIS IN IDEM. ILEGALIDADE CONFIGURADA. NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DO PATAMAR DE REDUÇÃO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA DA PACIENTE. REGIME PRISIONAL FECHADO. PACIENTE PRIMÁRIA, CONDENADA A PENA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO, COM PONDERAÇÃO NEGATIVA DA QUANTIDADE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

E NATUREZA DA DROGA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. REGIME SEMIABERTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

3. *A quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas no tráfico ilícito de entorpecentes.*

4. *Configura, no entanto, indevido bis in idem a utilização de tal circunstância para fundamentar aumento da pena-base e também do quantum de redução na aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.*

5. *No caso, a quantidade e a natureza da droga apreendida - 70g de crack e 7g de cocaína - configura fundamento idôneo para justificar o aumento da pena base, devendo, o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 ser fixado no patamar máximo, evitando-se o indesejado bis in idem.*

6. *A valoração negativa da quantidade e natureza dos entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso, bem como para obstar a respectiva substituição por pena restritiva de direitos. Precedentes.*

7. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena privativa de liberdade da paciente para 2 (dois) anos, 1 (um) mês e 20 (vinte) dias de reclusão, no regime inicial semiaberto. (HC 297.440/RS, deste Relator, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016) - grifei.*

Em decorrência, mantidos os critérios utilizados pelo Tribunal de origem e, conseqüentemente, inalteradas as penas provisórias de 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa (fl. 37), reduzo as sanções, na terceira etapa da dosimetria, em 2/3, diante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, redimensionando as penas do **paciente para o montante definitivo de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e 195 dias-multa.**

Quanto ao regime prisional, sabe-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O regime de cumprimento de pena mais gravoso até pode ser estabelecido, mas, para tanto, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:

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.

Nesse mesmo sentido, as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, *in verbis* :

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.

Do mesmo modo, no que tange à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ao analisar o HC n. 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir tal possibilidade, nos termos do art. 44 do Código Penal, reconhecendo a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, através da Resolução n. 5/2012.

Na espécie, pesando contra o paciente circunstância judicial desfavorável, qual seja, a quantidade/nocividade da droga apreendida, que, inclusive, justificou a fixação da pena-base acima do mínimo legal, entendo que, apesar da primariedade do acusado e de o montante da pena comportar o regime inicial aberto, há fundamento idôneo a ensejar a fixação do regime semiaberto e a vedação da substituição da pena corporal por medidas restritivas de direitos, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, e art. 44, III, ambos do Código Penal, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). ART. 2º, § 1º, DA LEI N.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8.072/1990. FUNDAMENTO INVÁLIDO. DISPOSITIVO DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. INSUFICIÊNCIA DA BENESSE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

2. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, é manifestamente ilegal a imposição do regime prisional mais severo com base, exclusivamente, no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/6/2012).

3. Estabelecida a pena definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão e sendo desfavorável uma das circunstâncias do art. 59 do CP, que justificou o aumento da pena-base (quantidade e natureza das drogas - 106 porções de cocaína e 42 porções de crack), o regime semiaberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "b", § 3º, do Código Penal.

4. Valorada negativamente as circunstâncias do delito, em razão da quantidade e da natureza droga apreendida com a paciente, à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos é incabível pelo não atendimento de um dos requisitos legais (art. 44, III, do CP).

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena reclusiva. (HC 354.651/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 16/06/2016) - grifei.

Ante o exposto, **não conheço** do habeas corpus. Contudo, **concedo a ordem de ofício**, para redimensionar a pena privativa de liberdade do paciente para 1 anos, 11 meses e 10 dias de reclusão, no regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 195 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0213487-9

HC 366.916 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00166906620148260050 166906620148260050 20160000441832 3622014

EM MESA

JULGADO: 25/10/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

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

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: FABIANA CAMARGO MIRANDA GUERRA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ANTONIO FELIPE GOMES DE LIMA

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.