



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 348.025 - SP (2016/0023129-8)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIEL BIDOLA DONADE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ERODIO HUNGRIA DOS SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedente.

2. Todavia, o alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE ELEVADA COM FUNDAMENTO NA QUANTIDADE E DIVERSIDADE DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIA TAMBÉM UTILIZADA NA TERCEIRA FASE DA PENA PARA AFASTAR A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA LEI DE DROGAS. *BIS IN IDEM*. IMPOSSIBILIDADE. REDUÇÃO DA REPRIMENDA BÁSICA. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTE STJ.

1. Na fixação da pena-base de crimes previstos na Lei 11.343/2006 deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 do referido diploma legal.

2. Ao interpretar o mencionado dispositivo, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 666.334/AM, sob o regime da repercussão geral, firmou o entendimento de que a natureza e a quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico de drogas devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, sob pena de indevido *bis in idem*, cabendo ao magistrado decidir em que momento as utilizará.

3. No caso dos autos, a quantidade e a variedade das drogas foram consideradas tanto na primeira quanto na terceira fases da dosimetria, razão pela qual se reduz a pena-base para 5 (cinco) anos de reclusão e multa.

4. Na terceira etapa da dosimetria, considerando-se a quantidade e a diversidade do estupefaciente apreendido, mantém-se o afastamento da minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Drogas, uma vez que, nos termos da jurisprudência deste Tribunal Superior, a gravidade concreta do crime o autoriza. Precedentes desta Corte.

REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS. DIVERSIDADE E NATUREZA DOS ESTUPEFACIENTES APREENDIDOS. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, circunstância concreta relacionada à natureza e diversidade das drogas apreendidas, é motivação suficiente a ensejar a fixação de regime mais gravoso, no caso, o fechado, não havendo ilegalidade a sanar, no ponto.

REPRIMENDA RECLUSIVA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PENA DEFINITIVA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. IMPOSSIBILIDADE. BENEFÍCIO OBJETIVAMENTE INVIÁVEL.

1. A substituição da sanção reclusiva por restritivas de direito é possível quando encontram-se preenchidos os requisitos subjetivo e objetivo previstos no art. 44, do Código Penal.

2. *In casu*, a pena foi mantida em patamar superior a quatro anos, impedindo a conversão da reprimenda em restritiva de direitos, por não restar atendido o requisito objetivo previsto no art. 44, inciso I, do CP.

DETRAÇÃO PENAL. CÔMPUTO DO TEMPO DA PRISÃO PROVISÓRIA PARA FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL. ART. 387, § 2º, DO CPP. QUESTÃO NÃO DISCUTIDA NO ARESTO COMBATIDO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. Não há como se conhecer do *mandamus* no ponto em que pretende a consideração do tempo de prisão cautelar na fixação do regime inicial, nos termos do art. 387, § 2º, do CPP, visto que a questão não foi objeto de exame pelo Tribunal apontado como coator, sob pena de indevida supressão de instância.

2. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de reduzir a reprimenda para 5 (cinco) anos de reclusão, e multa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de abril de 2017(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 348.025 - SP (2016/0023129-8)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIEL BIDOLA DONADE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ERODIO HUNGRIA DOS SANTOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de ERODIO HUNGRIA DOS SANTOS contra acórdão proferido pela 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento à Apelação n. 0016914-14.2014.8.26.0564, mantendo a sentença que o condenou à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que o paciente faria jus à aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, em seu grau máximo, haja vista sua primariedade, a reduzida quantidade de entorpecente apreendida e a ausência de indícios que demonstrassem dedicação à atividade delituosa ou participação em organização criminosa.

Alega que, dada o *quantum* de reprimenda imposta, seria cabível o abrandamento do modo prisional, nos termos do art. 33, do Código Penal, ressaltando que não seria possível a motivação na gravidade em abstrato do crime na fixação do regime inicial, nos termos das Súmulas 718 e 719 do Supremo Corte.

Afirma que o paciente teria cumprido mais de 2/5 (dois quintos) da pena em regime mais severo do que o determinado legalmente, razão pela qual o modo inicial de execução deveria ser alterado para o aberto, nos termos do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

Defende que a pena privativa de liberdade deveria ser substituída por restritivas de direitos, tendo em vista o preenchimento dos requisitos do art. 44, do Código Penal.

Requer a concessão da ordem constitucional a fim de que seja aplicado o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

redutor do § 4º, art. 33, da Lei de Drogas, com o consequente redimensionamento da pena, abrandamento do regime inicial e substituição da pena por restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O MPF manifestou-se pelo não conhecimento da impetração e pelo envio dos autos ao Tribunal estadual para que seja processado como revisão criminal.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 348.025 - SP (2016/0023129-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105 da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NÃO CONHECIMENTO. HOMICÍDIO. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PREJUÍZO. INEXISTÊNCIA. ALEGAÇÕES FINAIS. PRESCINDIBILIDADE. INÉRCIA DA DEFESA, DEVIDAMENTE INTIMADA PARA REALIZAÇÃO DO ATO. ARTIGO 565 DO CPP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. 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.

[...]

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 366.706/PE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 16/11/2016)

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, porque:

"Consoante consta da exordial acusatória, o ora apelante Erodio teria sido surpreendido trazendo consigo e mantendo em depósito substâncias estupefacientes, para fins de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tráfico: a) 225,13 gramas de maconha, sob a forma de 168 papelotes; b) 33,12 gramas de cocaína, sob a forma de 95 porções; c) 75,14 gramas de crack, sob a forma de 205 porções." (e-STJ fls. 44/45)

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação perante a Corte de origem, a qual, negou-lhe provimento, mantido o édito condenatório.

No que se refere à almejada incidência da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, observa-se que o Colegiado estadual manteve o afastamento da benesse utilizando a quantidade e a variedade das drogas apreendida (e-STJ fl. 47) como forma de concluir a dedicação do paciente a atividades ilícitas, demonstrando o não preenchimento dos requisitos legais.

Contudo, da análise dos autos, constata-se que a quantidade, variedade das drogas apreendidas foram utilizadas em momentos distintos da dosimetria, em descompasso com o entendimento firmado no âmbito deste Tribunal e da Suprema Corte, incidindo no vedado *bis in idem*.

Na hipótese, o Tribunal estadual manteve a pena-base acima do mínimo, como fixada na origem, utilizando o seguinte fundamento:

" A pena-base foi fixada em 06 anos de reclusão, mais 600 dias-multa, em atendimento ao disposto no art. 59 do CP e no art. 42 da Lei n. 11.343/06, que levou em consideração não só a grande quantidade de entorpecente apreendido em poder do réu, como também a sua variedade (maconha, cocaína e crack), não comportando redução, como pretende a i.defesa." (e-STJ fls. 47)

No que tange à aplicação da causa especial de diminuição do § 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06, o Tribunal de origem manteve seu afastamento asseverando que, *verbis*:

" Por último, conquanto estejam presentes os requisitos da primariedade, da ausência de antecedentes e da não participação em organizações criminosas, o fato de a apreensão ser referente a grande quantidade e variedade de entorpecentes, incluindo crack, substância das mais nocivas à saúde e de alto poder viciante, indicando que o apelante faz do tráfico o seu modo de vida, demonstra o não preenchimento de outro requisito previsto em lei para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incidência da redução prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, qual seja, a não dedicação a atividades ilícitas."
(e-STJ fl. 47)

Da análise dos excertos supra, verifica-se que a quantidade e a variedade das drogas foram utilizadas em momentos distintos, tanto para exasperar a pena-base como para negar a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, o que, nos termos da jurisprudência sedimentada no âmbito deste Tribunal Superior não é permitido, por configurar o indevido *bis in idem*.

Isso porque, convém observar, no que diz à aplicação da reprimenda de piso, que este é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o *quantum* ideal de pena a ser aplicada ao sentenciado, visando à prevenção e à repressão do delito praticado, guiando-se pelos fatores indicativos relacionados no *caput* do artigo 59 do Código Penal.

Em se tratando de crime previsto na Lei de Drogas, como ocorre na espécie, o juiz deve considerar, ainda, e com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, verbis:

Art. 42. 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.

Ao interpretar o mencionado dispositivo legal, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 666.334/AM, sob o regime da repercussão geral, firmou o entendimento de que a natureza e a quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico de drogas devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, sob pena de indevido *bis in idem*, cabendo ao magistrado decidir em que momento as utilizará.

Confira-se, por oportuno, a ementa do julgado:

Recurso extraordinário com agravo. Repercussão Geral. 2. Tráfico



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de Drogas. 3. Valoração da natureza e da quantidade da droga apreendida em apenas uma das fases do cálculo da pena. Vedação ao bis in idem. Precedentes. 4. Agravo conhecido e recurso extraordinário provido para determinar ao Juízo da 3ª VECUTE da Comarca de Manaus/AM que proceda a nova dosimetria da pena. 5. Reafirmação de jurisprudência. (ARE 666334 RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 03/04/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-084 DIVULG 05-05-2014 PUBLIC 06-05-2014)

Assim, mostra-se necessário afastar o aumento procedido na pena-base, reduzindo-a ao mínimo legal - 5 (cinco) anos de reclusão e multa -, mantendo-se, contudo, o afastamento da causa de diminuição especial do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, em razão da considerável quantidade e variedade dos entorpecentes apreendidos.

Nesse sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTOS INATACADOS. NÃO OBSERVÂNCIA DO COMANDO INSERTO NA SÚMULA 182/STJ. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. PENA-BASE FIXADA MUITO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL PREVISTO. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. PREPONDERÂNCIA. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. FUNDAMENTO UTILIZADO NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASES DA DOSIMETRIA. EXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM.

1. Compete ao recorrente, nas razões do agravo, infirmar especificamente todos os fundamentos expostos na decisão que inadmitiu o recurso especial. Correta a incidência da Súmula 182/STJ à hipótese dos autos.

2. Conquanto, nos casos de tráfico de drogas, inexistam ilegalidade na fixação da pena-base acima do mínimo legal, quando demonstrado o alto grau de reprovabilidade da conduta, decorrente da expressiva quantidade ou da natureza da substância apreendida, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a fixação da pena-base muito acima do seu mínimo legal previsto, sem justificativa idônea para o exacerbado acréscimo, ofende o princípio da individualização da pena.

3. O 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.

4. Na espécie, as instâncias ordinárias utilizaram a quantidade da droga apreendida para, a um só tempo, elevar a pena-base muito acima do mínimo legal e afastar a aplicação da causa especial de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.11.343/2006, o que configura bis in idem e caracteriza o constrangimento ilegal, apto a justificar a concessão da ordem de ofício.

5. Agravo regimental improvido. Habeas corpus concedido de ofício. (AgRg no AREsp 885.085/ES, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 14/06/2016, DJe 27/06/2016)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE. BIS IN IDEM. CARACTERIZAÇÃO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. "A circunstância judicial referente à quantidade e variedade da droga poderá incidir na primeira ou terceira fase da dosimetria da pena, para exasperar a pena-base, afastar a aplicação da minorante ou ainda para modular o nível de redução da pena, sempre de maneira não cumulativa" (AgRg no REsp 1.445.752/MS, de Relatoria do Ministro Felix Fischer, DJe 06/11/2015). Precedentes.

2. Na falta de outros elementos dos autos que indiquem a dedicação do agravado a atividades criminosas, a consideração exclusiva da quantidade de droga para o aumento da pena-base e para impedir a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, viola o princípio do bis in idem.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1456993/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 10/03/2016, DJe 30/03/2016)

Procedendo-se à nova dosimetria, tem-se, na primeira etapa, a pena-base fixada no mínimo legal - 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, a qual, torna-se definitiva, na segunda fase, em razão da súmula 231/STJ e, na terceira, ante a ausência de demais causas que a modifiquem.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REDUÇÃO DA PENA-BASE. SUPRESSÃO. INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME FECHADO. QUANTIDADE DE DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. A aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.11.343/06 depende do convencimento do Magistrado de que o apenado, primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades delituosas nem integre organização criminosa.

4. In casu, o entendimento registrado pela origem está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior firmada no sentido de que a grande quantidade de drogas - 30 tabletes, totalizando 38 kg de maconha - em veículo próprio, a forma de acondicionamento e a confissão de que já teria sido condenado por tráfico, revelando-se suficiente a afastar a aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

[...]

Habeas corpus não conhecido.

(HC 364.263/MS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 01/02/2017)

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. CONDENAÇÃO.DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. NÃO INCIDÊNCIA. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. DEMAIS PLEITOS PREJUDICADOS. NÃO CONHECIMENTO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. In casu, o Tribunal a quo valeu-se da expressiva quantidade de droga apreendida (14.900 Kg de maconha com o paciente e 16.556 Kg de maconha com o corréu) para afastar a incidência da minorante, por entender que o paciente se dedicava às atividades criminosas.

Escoreito o afastamento da benesse, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

3. Habeas corpus não conhecido.

(HC 373.329/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 15/12/2016)

Quanto à pretensa mitigação do regime inicial, conforme consignado no acórdão recorrido, a diversidade das drogas apreendidas, aliada à sua natureza nociva (crack e cocaína), constituem motivação suficiente a ensejar a fixação de regime mais gravoso (e-STJ fl. 48), no caso, o fechado, não havendo constrangimento ilegal a ser sanado nesta via eleita.

Confira-se:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. CONDENAÇÃO NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO. DIREITO AO SEMIABERTO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, porquanto, nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, a natureza, a variedade e a quantidade da substância entorpecente constituem fundamento idôneo para justificar a imposição do regime mais severo e para o indeferimento da substituição das penas. Precedentes.

2. Embora válido o fundamento para o recrudescimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado, ao réu primário, condenado a pena reclusiva não superior a 4 anos cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal. Precedentes.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 340.902/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 16/03/2017)

Em relação à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não há falar em constrangimento ilegal a ser sanado através da via eleita, pois a pena restou estabelecida definitivamente em patamar superior a 4 (quatro) anos, pelo que inviável a permuta, visto que não preenchido o requisito objetivo exigido pelo art. 44 do CP.

Nesse norte, os seguintes precedentes, deste Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS E MAUS ANTECEDENTES. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. TRÁFICO PRIVILEGIADO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. MAUS ANTECEDENTES. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. 5 ANOS E 8 MESES DE RECLUSÃO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. QUANTUM SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto o patamar da pena supera o limite previsto no art. 44, inciso I do Código Penal.

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 370.375/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 27/10/2016)

No que se refere à detração do tempo em que permaneceu preso provisoriamente, tal matéria não pode ser analisada por esta Corte Superior, em razão da ausência de apreciação do Tribunal estadual quanto à tese, sob pena de indevida supressão de instância.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, **não se conhece** do *writ*, concedendo-se, contudo *habeas corpus* de ofício, nos termos do art. 654, § 2º do CPP, a fim de reduzir a reprimenda para 5 (cinco) anos de reclusão, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão impugnado.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0023129-8

HC 348.025 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00169141420148260564 12752014 169141420148260564 20150000850049

EM MESA

JULGADO: 27/04/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

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 : DANIEL BIDOLA DONADE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ERODIO HUNGRIA DOS SANTOS

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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.