



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 366.396 - SP (2016/0210552-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PAULA HUNGRIA AAGAARD - SP235100
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXANDRE DA SILVA TERRA GARAI (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTOS VÁLIDOS PARA A MODULAÇÃO DO ÍNDICE DE REDUÇÃO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. MANUTENÇÃO. CRITÉRIO IDÔNEO. QUANTIDADE E QUALIDADE DAS DROGAS. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.
2. Segundo reiterada jurisprudência dos Tribunais Superiores, a quantidade e a natureza da droga apreendida podem ser sopesadas na definição do índice de redução da pena pela incidência do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 ou, até mesmo, no impedimento da aplicação da referida minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. Precedentes.
3. No caso, a Corte *a quo*, dentro do critério de discricionariedade vinculada do julgador na individualização da pena, reduziu a pena em 1/5, com fundamento na quantidade da droga apreendida - 26g de cocaína e 174g de maconha - , o que não se mostra desproporcional.
4. A obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do disposto no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.
5. Nos termos da Súmula 440 do STJ e das Súmulas 718 e 719 do STF, o regime de cumprimento de pena mais gravoso pode ser estabelecido, desde que acompanhado da devida fundamentação.
6. No caso, não há razões para flexibilizar o regime fixado, à luz do art. 33 do Código Penal, porque, a despeito de ter sido condenado à pena de 4 anos de reclusão, a quantidade da droga apreendida em poder do paciente - considerada na primeira fase da dosimetria da pena, consoante já referido (*in casu*, 26g de cocaína e 174g de maconha) - torna possível a fixação do regime inicial fechado, consoante dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, e o art. 59, ambos do Código Penal.
7. Não se mostra socialmente recomendável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista a natureza e a quantidade da droga apreendida com o paciente, que denotam contornos de maior gravidade ao tráfico ilícito de drogas. Precedente.
8. *Habeas corpus* não conhecido.



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

Brasília (DF), 25 de outubro de 2016(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 366.396 - SP (2016/0210552-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PAULA HUNGRIA AAGAARD - SP235100
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXANDRE DA SILVA TERRA GARAI (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS(Relator):

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de **ALEXANDRE DA SILVA TERRA GARAI**, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta nos autos que o paciente foi condenado à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Em sede de apelação, a sentença foi mantida por seus próprios fundamentos.

Neste *writ*, alega a impetrante que negar a aplicação do redutor do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, em seu grau máximo, com base na quantidade de droga apreendida, quando preenchidos os requisitos legais, é negar vigência ao comando legal.

Argumenta que a quantidade de droga apreendida é circunstância que deve ser avaliada na primeira fase da individualização da pena, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, ressaltando, ainda, que a quantidade de droga apreendida em poder do paciente não é vultosa.

Aduz que, uma vez aplicada a causa de diminuição da pena, torna-se necessária a reavaliação do regime prisional inicial, bem como da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Requer a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração máxima de 2/3, a imposição do regime aberto ou semiaberto como inicial de cumprimento da pena, bem como a sua conversão nos termos do art. 44 do Código Penal.

A liminar foi indeferida (e-STJ, fls. 40/41).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 57/74 e 78/105).

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 106/107 (e-STJ).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 366.396 - SP (2016/0210552-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PAULA HUNGRIA AAGAARD - SP235100
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXANDRE DA SILVA TERRA GARAI (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTOS VÁLIDOS PARA A MODULAÇÃO DO ÍNDICE DE REDUÇÃO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. MANUTENÇÃO. CRITÉRIO IDÔNEO. QUANTIDADE E QUALIDADE DAS DROGAS. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.
2. Segundo reiterada jurisprudência dos Tribunais Superiores, a quantidade e a natureza da droga apreendida podem ser sopesadas na definição do índice de redução da pena pela incidência do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 ou, até mesmo, no impedimento da aplicação da referida minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. Precedentes.
3. No caso, a Corte *a quo*, dentro do critério de discricionariedade vinculada do julgador na individualização da pena, reduziu a pena em 1/5, com fundamento na quantidade da droga apreendida - 26g de cocaína e 174g de maconha - , o que não se mostra desproporcional.
4. A obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do disposto no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.
5. Nos termos da Súmula 440 do STJ e das Súmulas 718 e 719 do STF, o regime de cumprimento de pena mais gravoso pode ser estabelecido, desde que acompanhado da devida fundamentação.
6. No caso, não há razões para flexibilizar o regime fixado, à luz do art. 33 do Código Penal, porque, a despeito de ter sido condenado à pena de 4 anos de reclusão, a quantidade da droga apreendida em poder do paciente - considerada na primeira fase da dosimetria da pena, consoante já referido (*in casu*, 26g de cocaína e 174g de maconha) - torna possível a fixação do regime inicial fechado, consoante dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, e o art. 59, ambos do Código Penal.
7. Não se mostra socialmente recomendável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista a natureza e a quantidade da droga apreendida com o paciente, que denotam contornos de maior gravidade ao tráfico ilícito de drogas. Precedente.
8. *Habeas corpus* não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS(Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

No caso, não se observa flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus* de ofício.

O Juiz sentenciante realizou a dosimetria da pena, sob a seguinte fundamentação (e-STJ, fl. 22):

"Passo a dosimetria da pena. Na primeira fase de aplicação da reprimenda, nada a considerar, pelo que fixo a pena base do delito no mínimo legal de 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor legal mínimo, ante a condição econômica do réu. Reconheço a atenuante da menoridade relativa do agente, deixando de diminuir a pena por ter sido fixada no mínimo legal. Cabível a aplicação do disposto no artigo 33, parágrafo 4º da Lei de Drogas, pelo que reduzo a pena em 1/5, considerando a quantidade de droga apreendida, fixando-a em 04 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 400 (quatrocentos) dias-multa, no mínimo legal. Não havendo fatores modificativos, torno definitiva a pena acima imposta. Ante o exposto, e tudo o mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE a acusação para CONDENAR ALEXANDRE DA SILVA TERRA GARAI, com qualificação nos autos, a cumprir a pena de 04 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 400 (quatrocentos) dias-multa, no mínimo legal, como incurso no artigo 33, "caput" da Lei nº 11.343/06. Quanto ao regime prisional, considerando a gravidade do delito perpetrado, deverá o réu iniciar o cumprimento da pena em regime fechado. Eventual alteração do regime ficará a cargo do juízo da execução. Estando o réu preso, não concedo o apelo em liberdade. O réu não faz jus a qualquer benefício legal (inclusive substituição da pena privativa de liberdade aplicada por restritiva de direitos) por medida de garantia da ordem pública".

Em sede de apelação, o Tribunal *a quo* manteve a sentença condenatória por seus próprios fundamentos.

Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.

Os Tribunais Superiores têm decidido também que, na falta de indicação pelo legislador de balizas para o *quantum* de redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da aplicação da minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes (AgRg no AREsp 628.686/MG, Rel. Ministra MARIA TEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 2/3/2015).

Como se percebe, o Juiz de primeiro grau, acompanhado pelo Tribunal de origem, em consonância com a jurisprudência desta Corte, optou por sopesar a quantidade da droga apreendida com o paciente – 26g de cocaína e 174g de maconha –, **exclusivamente**, na terceira etapa do cálculo da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Portanto, devidamente motivado o agravamento da sanção, a escolha do *quantum* de redução é questão afeta à atividade discricionária do julgador, que só pode ser alterada quando verificada sua desproporcionalidade, o que não é o caso dos autos.

A esse respeito:

"(...)

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. MITIGAÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ALTERAÇÃO DO PATAMAR ADOTADO. INVIABILIDADE.

1. Sabe-se que § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 dispõe que, para o crime de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparadas, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) não integre organização criminosa.

2. No tocante aos critérios para a escolha do patamar de diminuição, cumpre destacar que o legislador apontou apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para dirimir entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas.

3. Inexiste ilegalidade na aplicação da minorante na fração de 1/6 (um sexto), porquanto devidamente fundamentada na gravidade concreta da conduta.

(...)

3. Habeas Corpus não conhecido."

(HC 331.685/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 29/02/2016.)

"RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. MAUS ANTECEDENTES. PERÍODO DEPURADOR. FRAÇÃO DA MINORANTE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. RECURSO NÃO PROVIDO.

(...)

5. A escolha do percentual de diminuição de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 decorre da discricionariedade vinculada do julgador, de modo que a alteração do quantum de redução nesta instância superior depende da demonstração de ilegalidade ou de teratologia, inexistente no caso.

6. Recurso especial não provido."

(REsp 1160440/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 31/03/2016.)

Relativamente ao regime prisional, verifica-se que o Juiz sentenciante fixou o regime fechado de cumprimento da pena, diante da gravidade do delito (e-STJ, fl. 22).

O Tribunal *a quo* concluiu pela manutenção do regime mais gravoso, considerando a quantidade e a natureza das drogas (e-STJ, fl. 33).

Inicialmente, cumpre destacar que a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do disposto no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por outro lado, nos termos da Súmula 440 do STJ e das Súmulas 718 e 719 do STF, o regime de cumprimento de pena mais gravoso pode ser estabelecido, desde que acompanhado da devida fundamentação.

No caso, não há razões para flexibilizar o regime fixado, à luz do art. 33 do Código Penal.

Isso porque, a despeito de ter sido condenado à pena de 4 anos de reclusão, a quantidade da droga apreendida em poder do paciente - considerada na primeira fase da dosimetria da pena, consoante já referido (*in casu*, 26g de cocaína e 174g de maconha) - torna possível a fixação do regime inicial fechado, consoante dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, e o art. 59, ambos do Código Penal.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO APENAS COM BASE NA VEDAÇÃO LEGAL DO § 1º DO ART. 2º DA LEI N. 8.072/1990, JÁ DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO STF. VEDAÇÃO LEGAL AFASTADA. PACIENTE COM CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ART. 33, §§ 2º E 3º DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...)

- Na espécie, em que pese o regime inicial fechado ter sido estabelecido com base na vedação legal, já declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal, não há razões para flexibilizá-lo, à luz do art. 33 do Código Penal. Isso porque, a despeito de ter sido condenada à pena de 5 anos e 10 meses, a paciente teve a pena-base estabelecida acima do piso legal, em razão da grande quantidade de drogas apreendidas, circunstância que torna possível a fixação do regime inicial fechado, consoante dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 59, ambos do Código Penal. Precedentes.

- *Habeas Corpus não conhecido.*" (HC 298.410/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe 30/09/2015).

"HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. CONDENADO PRIMÁRIO, CUJA PENA SEJA SUPERIOR A 4 ANOS E NÃO EXCEDA A 8. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL SOPESADA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. OBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 3º DO CP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA.

1. Após a declaração incidental, pelo Supremo Tribunal Federal, do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, tem-se que ele não constitui fundamentação idônea a justificar a fixação do regime inicial fechado, haja vista que, para estabelecer o regime de cumprimento de pena, deve o magistrado avaliar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo art. 33 e parágrafos, do Código Penal.

2. Não há ilegalidade na fixação do regime inicial fechado ao paciente não reincidente, condenado a pena superior a 4 anos de reclusão e não excedente a 8 anos, com registro de circunstância judicial desfavorável sopesada na primeira fase da dosimetria (grande quantidade de cocaína).

3. À luz do art. 33, § 3º, do CP e da fundamentação global da sentença -



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que deve se analisada como um todo e não por capítulos - encontra-se justificada a fixação do regime inicial mais gravoso.

4. *Writ não conhecido.*" (HC n. 228.963/SP, Relator Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 27/4/2015).

No que tange ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, vale lembrar que a Suprema Corte, na análise do HC 97.256/RS, também reconheceu a inconstitucionalidade das expressões contidas no art. 44 e no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" e "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", que foram inclusive suprimidas do texto legal por meio da edição da Resolução n. 5/2012 do Senado Federal.

Portanto, não há qualquer óbice à concessão da permuta legal aos sentenciados pelo delito de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal.

Na hipótese, utilizada a quantidade e a natureza da droga para justificar a escolha da fração da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no patamar de 1/5, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não se mostra suficiente, pela falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP), uma vez que desfavoráveis as circunstâncias do crime.

Sobre o tema, o seguinte julgado:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE CONDENADO A 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. BENEFÍCIO NEGADO EM VIRTUDE DA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

- 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 o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso do que comporta a pena, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos.

Inteligência das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.

- Nos termos do entendimento firmado por esta Corte Superior de Justiça, a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar a imposição do regime mais severo. Na hipótese, o acórdão recorrido fundamentou a necessidade do regime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fechado com base na quantidade e na nocividade da droga apreendida (47,9g de cocaína).

- Embora válido o fundamento para o recrudescimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado, ao réu primário, condenado à pena reclusiva não superior a 4 anos (pena de 2 anos e 6 meses de reclusão), cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal, fazendo jus o paciente ao regime intermediário, qual seja, o semiaberto. Precedentes desta Corte.

- Ao analisar o HC n. 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, 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.

- De outro lado, nos termos do fixado pela jurisprudência desta Corte, a quantidade e a natureza da droga apreendida podem, ao lado dos demais elementos constantes do processo, interferir na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. No caso, o acórdão recorrido, de forma fundamentada, entendeu por sua inadequação, ante o fato de que, com o paciente, foram apreendidos 47,9g de cocaína, quantidade e nocividade que não recomendam a substituição da pena corporal, consoante o disposto no art. 44, III, do CP.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto."

(HC 322.337/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2016, DJe 23/02/2016.)

Diante do exposto, **não conheço** deste *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0210552-3

HC 366.396 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00518618420148260050 20160000243336 518618420148260050

EM MESA

JULGADO: 25/10/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

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 : PAULA HUNGRIA AAGAARD - SP235100
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXANDRE DA SILVA TERRA GARAI (PRESO)

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

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."

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