



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 346.699 - SP (2016/0002431-9)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ELIZANGELA OLIVEIRA DOS SANTOS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO LINO FERREIRA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06) APLICADA EM 3/5. MESMOS FUNDAMENTOS. OCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL), DO STF. MENORIDADE RELATIVA. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA SANÇÃO AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA 231/STJ. REGIME INICIAL FECHADO. VEDAÇÃO LEGAL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE *INCIDENTER TANTUM*. QUANTIDADE DA DROGA UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO DO REDUTOR. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 2º, ALÍNEA "C", DO CÓDIGO PENAL E ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO. GRAVIDADE CONCRETA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO, PARA FIXAR REGIME SEMIABERTO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. A utilização concomitante da quantidade da droga apreendida para elevar a pena-base (1ª fase da dosimetria) e para modular a fração da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (3ª fase da dosimetria) configura *bis in idem*.

In casu, a pena-base foi exacerbada em 1/10 em razão da quantidade de drogas apreendidas, sendo que na terceira fase, a Corte estadual aplicou em 3/5 a fração da redutora de pena (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06) pelos mesmos fundamentos.

Trata-se da hipótese discutida no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar *bis in idem* a utilização da quantidade de droga "tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para **modular** a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006" (ARE 666.334/RG, Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014).

Assim, em nova análise da dosimetria da pena, deve ser fixada a pena-base no mínimo legal e mantida na terceira fase a minorante



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

na fração de 3/5, permanecendo a pena definitiva em 2 (dois) anos de reclusão e 200 (duzentos) dias-multa.

3. Com relação à atenuante da menoridade relativa, apesar da possibilidade de se reconhecer a sua incidência, sua aferição não implicaria em alteração do *quantum* de pena do paciente, em observância ao enunciado n. 231 da Súmula deste Tribunal.

4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

5. Firmou-se nesta Corte 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 ou em outra situação que demonstre efetivamente um *plus* na gravidade do delito.

No caso dos autos, ainda que as circunstâncias judiciais tenham sido consideradas favoráveis e o paciente seja primário, a quantidade da droga apreendida – **259,8g de maconha e 19g de cocaína** – utilizada, na terceira fase da dosimetria, para modular a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º da Lei de Drogas, justifica a segregação inicial em regime mais gravoso. Todavia, considerando o *quantum* da pena aplicada – 2 anos de reclusão –, o regime mais gravoso na hipótese é o semiaberto, consoante a jurisprudência deste Tribunal Superior.

6. No julgamento do HC n. 97.256/RS, a Suprema Corte reconheceu 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, passando a admitir a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados por tráfico de entorpecentes, nos termos do art. 44 do CP.

Todavia, na hipótese, apesar da fundamentação imprópria apresentada pelo Magistrado sentenciante – gravidade abstrata do delito –, o STJ tem entendido que a gravidade concreta, evidenciada pela quantidade dos entorpecentes apreendidos, constitui elemento indicativo de que a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos não seja suficiente para a prevenção e repressão do delito no caso concreto. Precedentes.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena.

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 346.699 - SP (2016/0002431-9)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ELIZANGELA OLIVEIRA DOS SANTOS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO LINO FERREIRA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de DIEGO LINO FERREIRA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que negou provimento à Apelação Defensiva n. 0026828-35.2014.8.26.0554.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de **2 anos de reclusão, no regime fechado, e 200 dias-multa**, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, por manter em depósito para fins de traficância invólucros plásticos contendo um total de 259,8 gramas de maconha e 19 gramas de cocaína.

Inconformada, a defesa interpôs apelação. A Corte estadual, contudo, negou provimento ao apelo.

No presente *writ*, alega a impetrante, em suma, que *"a natureza e a quantidade de entorpecente não podem ser utilizadas para elevar a pena-base e negar a aplicação da causa especial de diminuição em seu patamar máximo"* (fl. 4).

Assevera que *"a mera alusão à previsão legal contida no artigo 2.º, § 1.º, da Lei de Crimes Hediondos, com redação dada pela Lei n. 11.464/2007, não se revela suficiente para impedir a fixação de regime mais brando"* (fl. 7).

Afirma, de outro lado, que o paciente faz jus à substituição da pena corporal, uma vez que *"a reprimenda imposta não é superior a 4 anos, o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa e trata-se de réu primário"* (fl. 10).

Requer, assim, em liminar, *"que se observe em relação ao paciente o regime aberto até o julgamento final deste habeas corpus."* (fl. 11)

No mérito, pede que a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, seja aplicada em grau máximo; seja fixado o regime inicial aberto, bem como a pena privativa de liberdade seja substituída por penas restritivas de direitos.

O pedido liminar foi parcialmente deferido para estabelecer o regime semiaberto (fls. 138/140), as informações foram devidamente prestadas (fls. 156/166 e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

168/197) e o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem *"para reconhecer a incidência, no caso, de bis in idem, determinando o retorno dos autos ao Juízo da Execução, para que proceda à nova dosimetria da pena."* (fls. 205/208).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 346.699 - SP (2016/0002431-9)

VOTO

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

Por se tratar de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, a redução da pena, em razão da ocorrência do *bis in idem*, a fixação de regime inicial aberto, bem como a substituição da pena por restritiva de direitos.

No caso, o paciente foi condenado pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, às penas de **2 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 200 dias-multa**, pois, em 16/12/2014, "*guardava, mantinha em depósito e vendeu 27 (vinte e sete), invólucros plásticos, tipo eppendorf, contendo 5,4 g (cinco gramas e quatro decigramas) de cocaína, 38 (trinte e oito) invólucros plásticos, tipo eppendorf, contendo 6,3 g (seis gramas e três decigramas) de cocaína, 58 (cinquenta e oito) invólucros plásticos contendo 218 g (duzentos e dezoito gramas) de maconha e 11 (onze) invólucros plásticos contendo 41,8 g (quarenta e uma gramas e oito decigramas) de maconha, para consumo de terceiros, drogas que determinam dependência física e psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.*" (fl. 81)

No tocante à dosimetria, a sentença encontra-se fundamentada nos seguintes termos, *in verbis*:

Dosimetria das Penas.

Ao delito de tráfico de entorpecentes é prevista pena que oscila entre 05 (cinco) e 15 (quinze) anos de reclusão e pagamento de multa de 500 (quinhentos) a 1500 (mil e quinhentos) dias-multa. Em primeira fase, em que pese a primariedade técnica do réu, verifica-se que são desfavoráveis suas condições judiciais, sobretudo em virtude da quantidade de droga apreendida, o que comprova a prática de comércio de entorpecentes. Há, certamente, uma correlação entre a quantidade de drogas e as consequências do delito, razão pela qual, quanto maior a quantidade de entorpecente apreendido, mais gravosa a conduta. Por tal razão, fixo a pena-base acima do mínimo legal, isto é, em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 550 (quinhentos e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cinquenta) dias-multa.

Em segunda fase, de se levar em consideração a maioria relativa do réu, pelo que se reduz a sanção ao patamar de 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa

Por fim, em terceira fase, aplicável ao presente caso a redução prevista no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06. Isto porque o réu é primário e ostenta bons antecedentes, não se comprovando, ademais, quaisquer das causas impeditivas para aplicação de tal benesse legal (pertencimento a organização criminosa, dedicação à atividade criminosa, reincidência e maus antecedentes). Por tal motivo, reduzo a pena em 3/5 (três quintos), passando ela ao quantum de 02 (dois) anos de reclusão e pagamento de 200 (duzentos) dias-multa. Justifica-se a não redução no máximo previsto em lei em virtude de serem desfavoráveis as condições judiciais apontadas no início da dosimetria da pena.

Dispositivo.

Postos tais argumentos, julgo procedente a presente ação penal para condenar o réu DIEGO LINO FERREIRA (RG 52.402.405) às penas totais de 02 (dois) anos de reclusão e pagamento de 200 (duzentos) dias-multa estes em valor mínimo, por encontrar-se incurso nas penas previstas pelo artigo 33. caput, da Lei 11.343/06. com a incidência da benesse prevista pelo §4º do mesmo artigo.

[...]

Fixo o REGIME FECHADO para início do cumprimento da pena, consoante regra do art. 2º, §1º da Lei 8072/90, consoante redação que lhe foi atribuída pela Lei 11.464/07, redação esta que afastou o vício de inconstitucionalidade que maculava o texto original da lei. A este respeito, esclareça-se que as decisões oriundas de Tribunais Superiores quanto à permissão de regime mais benéfico em delito de tráfico foram tomadas em sede de controle difuso de constitucionalidade, de modo a não vincularem os magistrados de instância inferior." (fls. 85/87)

Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao recurso defensivo, sob os seguintes fundamentos, *in verbis*:

"[...]

No caso específico dos autos, os elementos indiciários apurados, tais como a diligência realizada pelos policiais civis em local conhecido como ponto de tráfico, a considerável quantidade (incompatível com aquela comumente ostentada por um mero usuário), a variedade (maconha e cocaína) e a maneira de acondicionamento das drogas (porções individualizadas e prontas para a distribuição), além da apreensão de quantia em dinheiro, cuja origem não ficou demonstrada, estão a indicar, de maneira insofismável, que se destinava todo o entorpecente à narcotraficância.

Portanto, a condenação era mesmo imperativa e foi bem decretada.

A pena de partida foi fixada corretamente acima do mínimo legal, em razão da elevada quantidade de entorpecente apreendido em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

poder do acusado.

Vale lembrar que foram apreendidos **259,8g de maconha e 19g de cocaína (peso líquido)**, o que justifica a exacerbação da pena-base.

Ao depois, na segunda fase, agiu com acerto o magistrado sentenciante ao reconhecer a atenuante da menoridade e determinar o retorno da pena de partida ao mínimo legal.

Ainda na mesma fase, inexistiram circunstâncias agravantes que deversem ser consideradas.

Na terceira e última fase da dosimetria, imperiosa a manutenção da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei Federal nº 11.343/2006, em virtude, exclusivamente, do incompreensível conformismo do Ministério Público.

Isto porque, a elevada quantidade de droga apreendida, como já sublinhado, obstava até mesmo o seu reconhecimento, consoante entendimento pacífico desta Colenda 14ª Câmara Criminal.

E nem se diga que a quantidade de droga era ínfima (259,8g de maconha e 19g de cocaína). Basta que se imagine que poderia o apelante, com todo o entorpecente que ilegalmente mantinha em depósito, atingir inúmeras pessoas, quiçá crianças e adolescentes.

Não poderia o apelante, por isso mesmo, ser rotulado de traficante eventual ou ocasional, este, sim, o único alvo da benesse legal criada, ainda que indevidamente, pelo legislador.

Por conta disso e ausentes outras causas modificadoras aplicáveis, conservo a reprimenda na forma como imposta.

O regime de cumprimento de pena, por seu turno, foi estipulado com correção.

A Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, modificando disposição da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), estatuiu, de maneira expressa, em seu artigo 2º, § 1º, que as penas relativas aos crimes previstos no caput deste artigo — entre eles o tráfico ilícito de entorpecentes — serão cumpridas inicialmente em regime fechado, como acertadamente estabeleceu o nobre magistrado sentenciante.

Não se desconhece, é bem verdade, que o plenário do Pretório Excelso, no julgamento do Habeas Corpus nº 111.840/ES, declarou incidenter tantum a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90 com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007.

Entretanto, como é notório, dito julgamento não tem efeito erga omnes, razão pela qual sua aplicação não é imediata e automática.

E isso é, ao revés do que possa parecer, nitidamente salutar, pois evita a estagnação da produção intelectual em primeira e segunda instâncias, permitindo a criação e evolução jurídica no país.

Convém rememorar, ademais, que a conduta efetivamente perpetrada pelo acusado não pode ser tida como de menor desvalor ou de reduzida lesividade social, compatível com o cumprimento de pena no regime intermediário ou no mais benéfico, haja vista que em ambos os casos teria ele a possibilidade de convívio social imediato (regime aberto) ou esporádico (semiaberto, com as saídas temporárias), para o que, à evidência, não está apto, mercê da nocividade indiscutível do crime que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cometeu.

Além do mais, não se pode perder de vista que o apelante, de maneira ousada e irresponsável, traficava elevada quantidade de drogas variadas (maconha e cocaína) em plena luz do dia e em cidade da região metropolitana de São Paulo, colocando frontalmente em risco toda a população ordeira, especialmente a mais jovem e indefesa.

Sua conduta, como nitidamente se vê, revelou periculosidade concreta e efetiva, pois geradora de desassossego e intranquilidade social latente, tudo de modo a justificar o regime inicial de cumprimento de mais rigoroso.

Assim, afigura-se totalmente inviável a imposição de regime inicial diverso do fechado, nos casos em que o agente é processado e condenado por crime de tráfico ilícito de entorpecentes, sobretudo nas condições como as observadas nestes autos.

Inconcebível, pelos mesmos motivos, mercê da periculosidade real anteriormente assinalada, a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos.

Como se já não fosse o bastante, punir o traficante, mesmo que eventual ou de pequeno porte, com penas restritivas de direitos, macula o sistema preventivo e repressivo do nosso direito positivo, sobretudo pela periculosidade social presumida decorrente de tais crimes, incompatíveis, até mesmo e como já sublinhando, com o cumprimento da pena em regime diferente do fechado.

Por fim, inaplicável, no caso, o artigo 387, § 2º, do Diploma Processual Penal, porquanto inexistentes nos autos quaisquer informações hábeis a respaldar não só a real situação processual do acusado, como um todo, mas, também, o requisito subjetivo indispensável à estipulação de regime diverso do ora imposto, já que se trata, ainda que de maneira oblíqua, de verdadeira e inoportuna progressão.

Ante o exposto, pelo meu voto, rejeito a preliminar e nego provimento ao apelo, mantida íntegra a r. Sentença apelada, por seus próprios e jurídicos fundamentos." (fls. 126/131)

De início, verifico que a majoração da pena-base foi fundamentada pela Corte estadual na quantidade dos entorpecentes apreendidos, nos termos do 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 CP. Na terceira fase, aplicou ao caso concreto a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 no patamar de 3/5 nos mesmos fundamentos utilizados na majoração da primeira fase.

Esta Corte firmou o entendimento de que há *bis in idem* quando esse elemento é utilizado para elevar a pena-base e também para modular a fração da aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, como no caso dos autos.

Quanto ao tema, confirmam-se os seguintes julgados desta egrégia Quinta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Turma:

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

[...]

DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. POSSIBILIDADE. PREPONDERÂNCIA DO ARTIGO 42 DA LEI 11.343/2006 SOBRE O ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL. AUMENTO PROPORCIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS TAMBÉM UTILIZADAS NA TERCEIRA FASE DA PENA. BIS IN IDEM. IMPOSSIBILIDADE. REDUÇÃO DA REPRIMENDA BÁSICA.

1. Na fixação da pena-base de crimes previstos na Lei 11.343/2006, como ocorre na espécie, 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 da Lei de Drogas.

2. Na espécie, a reprimenda básica acima do mínimo legal, em razão da quantidade e diversidade de tóxicos apreendidos, encontra-se devidamente justificada e proporcional as especificidades do caso versado. Precedentes.

3. Contudo, em atenção ao que decidido pelo Supremo Tribunal Federal no ARE 666.334/AM, julgado sob o regime da repercussão geral, para se evitar a ocorrência de bis in idem, pois o mesmo critério, qual seja, a quantidade e a natureza da droga, não pode ser adotado para agravar a reprimenda básica e para justificar a fração do redutor do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, reduz-se a pena-base do acusado para o mínimo legal, já que as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal lhe são favoráveis.

[...]

4. Diante da quantidade de reprimenda imposta ao acusado, e, tendo em conta que todas as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal lhe foram consideradas favoráveis, impõe-se a fixação do regime aberto para cumprimento da pena, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea "c", do referido diploma legal.

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS. DIVERSIDADE DA DROGA APREENDIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO.

1. A substituição da sanção reclusiva por restritivas de direito mostra-se possível quando atendidos os requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal.

2. Na hipótese em apreço, não se encontram



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preenchidos os pressupostos legais subjetivos para a concessão da benesse, haja vista a diversidade da droga apreendida. Precedentes.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para redimensionar a pena imposta ao paciente para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, além do pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, fixando-se o regime inicial aberto para o cumprimento da sanção reclusiva (HC 359.735/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 25/10/2016).

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. [...] DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. UTILIZAÇÃO NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASES. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PREJUDICIALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

9. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade.

10. Não se admite, segundo reiterada jurisprudência dos Tribunais Superiores, a utilização, concomitante, da natureza, da quantidade e da variedade da droga para elevar a pena-base e para modular a fração de redução do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

11. Esta Corte Superior, ao acompanhar o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, no ARE 666.334/MG (Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014), tem decidido que a dupla valoração da natureza, da quantidade e da variedade da droga, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, caracteriza bis in idem.

12. Hipótese em que o Juízo sentenciante considerou a quantidade e a natureza de entorpecentes apreendidos tanto para elevar a pena-base como para aplicar a causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no patamar de 1/2, em desacordo com a jurisprudência consolidada desta Corte, o que foi ratificado pelo Tribunal de origem.

13. Sendo manifesta a coação ilegal imposta ao paciente, é de rigor a concessão da ordem de ofício para que a Corte a quo proceda ao refazimento da pena, afastando o bis in idem identificado, para que seja considerada a quantidade, a natureza e a diversidade da droga, apenas, em uma etapa da dosimetria.

14. Pleitos defensivos de alteração do regime prisional e substituição da pena por restritivas de direitos que ficam prejudicados, em razão da necessidade de refazimento da dosimetria da pena.

15. A obrigatoriedade do cumprimento inicial em regime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fechado aos sentenciados por crimes hediondos e os 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.

16. 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". Não há, desse modo, qualquer óbice à concessão da permuta legal aos sentenciados pelo delito de tráfico de drogas.

17. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Tribunal de origem proceda à nova dosimetria da pena, e, assim, afaste o bis in idem ora identificado e verifique, por conseguinte, o regime prisional adequado, nos termos do art. 33 do CP e a possibilidade de substituição da pena por restritivas de direitos (HC 363.327/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 28/09/2016).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE E NOCIVIDADE DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTO UTILIZADO NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASES. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. NOVA DOSIMETRIA A SER REALIZADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PREJUDICADAS AS MATÉRIAS RELATIVAS À SUBSTITUIÇÃO DA PENA E REGIME DE CUMPRIMENTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. Esta Corte Superior, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral (ARE 666.334/MG, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014), pacificou entendimento no sentido de que a natureza e a quantidade da droga não podem ser utilizadas, concomitantemente, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, sob pena de bis in idem.

3. Na espécie, as instâncias ordinárias levaram em consideração a quantidade da droga apreendida tanto na primeira quanto na terceira fase da dosimetria, o que configura constrangimento ilegal.

4. Diante da possibilidade de alteração da pena do paciente, fica prejudicada a análise do pleito de alteração do regime inicial de cumprimento de pena, bem como da possibilidade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, tendo em vista que as matérias serão reapreciadas quando da nova fixação da reprimenda.

5. *Habeas corpus não conhecido. Contudo, concedo a ordem, de ofício, para determinar que o Tribunal local proceda à nova dosimetria das penas dos pacientes, utilizando a natureza e variedade das drogas somente em uma das etapas do cálculo da pena (HC 295.316/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 10/05/2016).*

Impende salientar que se trata da hipótese discutida no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar *bis in idem* a utilização da quantidade de droga *"tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006"* (ARE 666.334/RG, Rel.: Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014).

Assim, passo à nova análise de dosimetria da pena.

De início, é necessário afastar o aumento procedido na pena-base, reduzindo-a para o mínimo legal – 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa –, dada a ausência de outras circunstâncias judiciais negativas.

Na segunda fase, em que pese o reconhecimento da atenuante da menoridade relativa, a reprimenda permanece inalterada em face da incidência do enunciado n. 231 das Súmulas do STJ.

No mesmo sentido:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE. BIS IN IDEM. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). DESPROPORCIONALIDADE. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO. MODO INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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 a justificar a concessão da ordem de ofício.*

2. *Os elementos apresentados abstratamente pelo Juízo*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sentenciante não são suficientes para fundamentar a fixação do patamar da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, abaixo do patamar máximo, tão pouco para afastá-la, tendo em vista que deve se valer de dados concretos que evidenciem que o réu se dedique à atividade criminosa ou integre organização criminosa, e não apenas da gravidade abstrata do delito. Precedentes.

3. Em consonância com entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral no ARE 666.334/AM (Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014), esta Corte tem decidido que configura bis in idem a utilização da natureza e da quantidade de entorpecente, concomitantemente, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, determinando que o Tribunal de origem proceda à nova dosimetria.

4. Hipótese em que a concessão da discricionariedade à Corte a quo para afastar as circunstâncias preponderantes do art. 42 da Lei 11.343/2006 na primeira ou na terceira fase poderia agravar a pena do paciente, incorrendo no vedado reformatio in pejus, o que demanda a atuação deste Tribunal Superior.

5. Afastada a consideração da quantidade e da qualidade da droga na primeira fase, e consideradas favoráveis as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, fixa-se a pena em seu mínimo legal (5 anos), a qual se mantém na segunda etapa, em obediência à Súmula 231 do STJ, a qual obsta sua redução aquém do mínimo legalmente previsto em razão do reconhecimento da menoridade relativa.

6. 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.

7. No caso, as instâncias ordinárias, dentro do critério de discricionariedade vinculada do julgador na individualização da pena, reduziu a pena em 1/4, com fundamento na quantidade e variedade da droga apreendida (uma porção de cocaína, pesando 32g, e 120 porções de crack, pesando 19,9g), o qual deve ser mantido por não se mostrar desproporcional.

8. Estabelecida a pena definitiva em 3 anos e 9 meses de reclusão, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime semiaberto (previsto como o imediatamente mais grave segundo o quantum da sanção aplicada) é o suficiente à prevenção e à reparação do delito, considerada a natureza e a quantidade da droga apreendida, valoradas na terceira fase da dosimetria da pena, e elencadas como circunstâncias prevaletentes, a teor dos arts. 33 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedente.

9. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente, que denotam contornos de maior gravidade ao tráfico ilícito de drogas. Precedente.

10. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para afastar o bis in idem identificado e confirmar a pena de 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão, mais 375 (trezentos e setenta e cinco) dias-multa, e fixar o regime inicial semiaberto para o início do cumprimento da pena reclusiva." (HC 297.304/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2016, DJe 10/05/2016; sem grifos no original)

Na terceira fase, observado que o paciente não se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa, mas foi surpreendido com razoável quantidade de entorpecentes – **259,8g de maconha e 19g de cocaína** –, mantenho a redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, na fração de 3/5, patamar idêntico ao adotado na origem, permanecendo a pena definitiva em 2 anos de reclusão e 200 dias-multa.

No que se refere ao regime prisional, verifico que o acórdão recorrido manteve a sua imposição lastreado, exclusivamente, na vedação legal, o que vai de encontro com a jurisprudência deste Tribunal Superior, conforme se verifica:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. DESPROPORCIONALIDADE. ILEGALIDADE. 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.

- O Supremo Tribunal Federal, 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, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59 do Código Penal.

- No caso, o quantum da pena (2 anos e seis meses de reclusão) e a primariedade do paciente levariam a fixação do regime aberto. No entanto, tendo em vista que as circunstâncias judiciais não lhe são favoráveis, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo, e as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias do caso concreto (quantidade e variedade da droga e o envolvimento de três adolescentes) a fixação do regime de cumprimento de pena no semiaberto se mostra adequado para a repressão do delito.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto para cumprimento da pena privativa de liberdade (HC 324.129/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 07/10/2015).

Ademais, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 2º, da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Cumpre transcrever a ementa do referido julgado:

Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida. 1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados. 2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado. 3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto. 4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal. 5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que “[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

equiparado (HC 111840, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/06/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-249 DIVULG 16-12-2013 PUBLIC 17-12-2013).

Entretanto, mesmo que se afaste a fundamentação elencada pelo Tribunal de origem na fixação do regime inicial – hediondez e gravidade abstrata do delito –, e ainda que as circunstâncias judiciais tenham sido consideradas favoráveis e o paciente seja primário, a quantidade da droga apreendida foi utilizada, na terceira fase da dosimetria, para modular a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º da Lei de Drogas, restando justificada a segregação inicial em regime mais gravoso. Todavia, considerando o *quantum* da pena aplicada – 2 anos de reclusão –, o regime mais gravoso na hipótese é o semiaberto, consoante a jurisprudência desta Corte.

A corroborar esse raciocínio:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE CONDENADA A 3 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. NATUREZA DA DROGA - CRACK. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. BENEFÍCIO NEGADO EM VIRTUDE DA NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...].

- 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 necessário fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.

- **Na hipótese, o acórdão recorrido fundamentou a necessidade do regime fechado com base na nocividade da droga objeto do delito de associação para o tráfico, qual seja, o crack.**

- **Embora válido o fundamento para o recrudesimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado à ré primária, condenada a pena reclusiva não superior a 4 anos, fazendo jus a paciente ao regime intermediário, qual seja, o semiaberto. Precedentes desta Corte.**

- Ao analisar o HC n. 97.256/RS, o Supremo Tribunal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

- Hipótese em que o acórdão recorrido, de forma fundamentada, entendeu pela inadequação da substituição, porquanto a paciente foi condenada por associação criminosa voltada para o tráfico de crack, cuja nocividade não recomenda a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, consoante o disposto no art. 44, III, do CP, não havendo, portanto, qualquer ilegalidade na negativa da benesse.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto (HC 345.968/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 31/05/2016).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL. PRIMARIEDADE. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PENA INFERIOR A 4 ANOS. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO. GRAVIDADE CONCRETA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. **Quanto ao regime fechado, o magistrado sentenciante baseou-se apenas na gravidade abstrata do delito, em ofensa ao Enunciado n. 440 da Súmula do STJ. Embora a primariedade do paciente, a inexistência de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP) e o quantum de pena (art. 33, § 2º, "c", do CP) permitam, em tese, a fixação do regime aberto; a quantidade de droga apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/06) demonstra a gravidade acentuada do delito, justificando a imposição do regime inicial semiaberto.**

3. Apesar da fundamentação inidônea apresentada pelas instâncias ordinárias, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a gravidade concreta, evidenciada pela natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos, constitui elemento indicativo de que a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos não seja suficiente para a prevenção e repressão do delito no caso concreto.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, ratificando a liminar, fixar o regime inicial semiaberto (HC 354.029/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe 02/06/2016).

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. AGRAVANTE CONDENADO À PENA DE 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A 4 ANOS. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE NÃO RECOMENDAM O BENEFÍCIO.

1. *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.*

2. *Estabelecida a pena definitiva em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, verificadas as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade da agente, e considerada a natureza e a quantidade de entorpecente apreendido, 489 g de maconha, o regime semiaberto é o adequado à prevenção e reparação do delito.*

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

4. *Agravo regimental improvido (AgInt no AREsp 701.848/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 25/05/2016).*

Por fim, no que se refere à substituição da reprimenda por restritiva de direitos, constato que, no julgamento do HC n. 97.256/RS da Suprema Corte, foi reconhecida 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, passando a admitir o referido benefício, nos termos do art. 44 do Código Penal – CP.

Na hipótese, apesar de a vedação a referida benesse ter como base a gravidade abstrata do delito, não evidencio constrangimento ilegal, pois, apesar da fundamentação inidônea apresentada, o STJ tem entendido que a gravidade concreta, evidenciada pela natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos, constitui elemento indicativo de que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não seja suficiente para a prevenção e repressão do delito no caso concreto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Confiram-se os julgados desta Corte Superior de Justiça:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA HEDIONDEZ DO CRIME. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA QUANTO AO REGIME MAIS GRAVOSO. PENA INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. NEGATIVA EM VIRTUDE DA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- 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.

- Considerando que a pena foi fixada em 2 anos e 6 meses de reclusão, pela primariedade da acusada e pela análise favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal, mas, por outro lado, tendo em vista a não aplicação da minorante no patamar máximo de 2/3, em razão da quantidade e diversidade da droga apreendida, deve ser fixado o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal.

- Nos termos do ressaltado pelo Tribunal a quo, embora o quantum de pena fixado seja inferior a 4 (quatro) anos, preenchendo, portanto, o requisito objetivo, a natureza e a quantidade elevada do entorpecente apreendido - 60 pedras de crack e 47 buchas de maconha - não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto" (HC 323.006/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 24/11/2015).

"AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO. AFRONTA À DECISÃO DO STJ. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Não há falar em desrespeito à decisão proferida por este Tribunal Superior, pois o magistrado a quo acatou prontamente a determinação vertida no decisum do eminente Ministro Moura Ribeiro, além disso, ab initio, fundamentou suficientemente sua decisão.

2. O ajuizamento da presente reclamação é evidentemente incabível para os fins pretendidos, pois a insurgência diz respeito à pretensão de determinação de habeas corpus de ofício para que o reclamante possa aguardar em liberdade o julgamento dos recursos que impugnaram a decisão do Juízo singular, pretensão não amparada legalmente pelo instituto da reclamação, nos termos do art. 105, I, f, da Constituição da República, c/c o art. 187 do RISTJ.

3. A jurisprudência deste Tribunal entende que se faz devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

bem como a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão da natureza, da quantidade e da variedade das drogas apreendidas.

4. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.

5. Agravo regimental improvido" (AgRg na Rcl 21.663/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 05/12/2014).

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do *habeas corpus*, mas pela concessão da ordem, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0002431-9

HC 346.699 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00268283520148260554 20150000771078 24962014 268283520148260554

EM MESA

JULGADO: 27/04/2017

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	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: ELIZANGELA OLIVEIRA DOS SANTOS
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: DIEGO LINO FERREIRA

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.