



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 317.172 - SP (2015/0038598-4)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : MILENA JACKELINE REIS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ITAMAR OLIVEIRA 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. Precedentes.

2. Contudo, 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. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. MITIGAÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP e, com preponderância, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

2. Inexiste ilegalidade na manutenção do redutor no patamar de 1/3 (um terço), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dado o expressivo volume dos entorpecentes apreendidos e sua variedade.

REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME. ELEVADO VOLUME E DIVERSIDADE DE ESTUPEFACIENTES APREENDIDOS. MODO MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

1. A teor da jurisprudência reiterada deste Sodalício, a escolha do regime inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao *quantum* da pena firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso versado.

2. Na espécie, a gravidade concreta do crime, evidenciada pela exacerbada quantidade de droga apreendida, justifica a imposição do modo prisional fechado.

REPRIMENDA RECLUSIVA. SUBSTITUIÇÃO POR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RESTRITIVAS DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL.

1. A substituição da sanção reclusiva por restritivas de direito é possível quando se encontram preenchidos os requisitos subjetivos e objetivos previstos no art. 44, do Código Penal.
2. Não há falar em coação ilegal quando o pleito da conversão é indeferido porque não satisfeitos os requisitos legais, diante das circunstâncias do caso.
3. *Habeas corpus* não conhecido.

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

Brasília (DF), 07 de abril de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 317.172 - SP (2015/0038598-4)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : MILENA JACKELINE REIS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ITAMAR OLIVEIRA DOS SANTOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de ITAMAR OLIVEIRA DOS SANTOS contra acórdão da 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que proveu em parte a Apelação n. 0116595-15.2012.8.26.0050 para reduzir a pena a 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, no regime inicial fechado, como incurso na sanção do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

Noticia a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, porquanto a quantidade de entorpecente apreendido não poderia ter sido utilizada para a escolha da menor fração do redutor, previsto no § 4º do art. 33, da Lei de Drogas, devendo, portanto, o *quantum* ser aplicado no patamar máximo, qual seja, 2/3 (dois terços), mormente se consideradas a primariedade, os bons antecedentes do paciente e a favorabilidade das circunstâncias judiciais.

Sustenta que o regime inicial fechado não poderia ter sido fixado com base na gravidade em abstrato do delito, tampouco com esteio em dispositivo legal declarado inconstitucional pela Suprema Corte, sendo cabível o abrandamento do modo prisional, sob pena de entendimento em sentido contrário malferir o Enunciado Sumular n. 718 da Suprema Corte e o princípio da individualização da pena.

Defende, por fim, que estariam preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Requer a concessão da ordem constitucional para que seja a pena-base reduzida ao mínimo, aplicado o redutor especial no patamar máximo e substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal opinou pelo indeferimento do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 317.172 - SP (2015/0038598-4)

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:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA DEMONSTRADA. ACUSADO FORAGIDO. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em se concede a ordem de ofício.

(...)

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 302.771/PI, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 11/11/2014, DJe 19/11/2014)

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, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, porque:

"[...] no dia 19 de dezembro de 2012, por volta das 10:00 horas, na Rua Cipotuba, 80, nesta comarca, ITAMAR OLIVEIRA DOS SANTOS, qualificado a fls. 25, guardava e tinha consigo: (I) 1.200 (um mil e duzentos) invólucros contendo cocaína; (II) 1.496 (um mil, quatrocentos e noventa e seis) pedras de "crack"; e (III) 190 (cento e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

noventa) invólucros de Cannabis Sativa L (popularmente conhecida como maconha), devidamente embalada, conforme auto de apreensão de fls. 12 e de constatação de fls. 15 sendo certo que referida substância é causadora de dependência física e psíquica, e o indiciado tinha a posse e guarda da droga sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar" (e-STJ fl. 12)

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de origem, o qual lhe deu parcial provimento a fim de reduzir a pena para 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, no regime inicial fechado, e multa, mantidos os demais termos do édito condenatório.

No tocante ao redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, observa-se que o Tribunal *a quo* referendou a manutenção da fração em 1/3 (um terço) nos seguintes termos, *verbis*:

"Contudo, apesar da grande quantidade e nocividade dos entorpecentes apreendidos em poder do agente, houve por bem o MM. Juiz a quo, fixar a fração redutora em 1/3 (um terço), que permanece inalterada, tendo em vista a ausência de recurso ministerial" (e-STJ fl. 38).

Cumprе ressaltar que o § 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.

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.

Disciplinando o tema, a doutrina e a jurisprudência firmaram o entendimento de que devem ser consideradas as circunstâncias judiciais - art. 59 do CP - e especialmente o disposto no art. 42 da Lei Antitóxicos, que expressamente ordena que:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"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".

No presente caso, a despeito da expressiva quantidade de entorpecente apreendido - **1.200 supositórios de cocaína, pesando 1082,4 g; 1.496 pedras de crack, com peso de 425,4 g; e 190 trouxinhas de maconha, pesando 217,8 g** (e-STJ fl. 31) -, o redutor foi aplicado e mantido no patamar de 1/3 (um terço), o que demonstra que o paciente fora beneficiado pelas instâncias de origem, conforme destacado pelo Tribunal *a quo*, uma vez que o montante de droga encontrado seria elemento suficiente a justificar a não incidência da causa especial de diminuição da pena, mas, tendo sido considerado na dosimetria, não há que falar em aumento da fração, conforme jurisprudência desta Corte Superior.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.340/2006. QUANTIDADE DE DROGA. FUNDAMENTO VÁLIDO PARA A MODULAÇÃO DO ÍNDICE DE REDUÇÃO. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. MODO INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM 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. 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, para impedir a aplicação da referida minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. Precedentes.

3. No caso, as instâncias antecedentes, dentro do critério de discricionariedade vinculada do julgador na individualização da sanção, reduziram a pena em 1/3, com fundamento na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantidade da droga apreendida (34 porções de maconha), o que não se mostra desproporcional.

[...]

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de, confirmando a liminar deferida, fixar o regime prisional aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a serem definidas pelo Tribunal de origem.

(HC 324.583/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 15/03/2016)

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. INADMISSIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. PERDA DO OBJETO. APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 NO PERCENTUAL MÍNIMO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO.

1. Deve ser mantida, por seus próprios fundamentos, a decisão monocrática que julgou, em parte, prejudicado o writ e, no mais, negou-lhe seguimento, pois, no caso concreto, de acordo com a jurisprudência desta Corte, a quantidade de droga apreendida pode impedir a incidência da causa de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como pode servir de parâmetro para definir o percentual de redução.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 251.410/MT, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 17/12/2015)

Desta feita, considerando-se a elevada quantidade de droga apreendida, não há falar em constrangimento ilegal, mostrando-se inviável o pretendido aumento da fração de redução.

Quanto ao regime inicial, observa-se que o Tribunal de origem manteve o cumprimento da pena no fechado, conforme aresto proferido nos seguintes termos, a saber:

*"Quanto ao regime prisional, diante da **gravidade concreta** dos fatos em apreço, correta a adoção do regime inicial fechado, ex vi do dispositivo no art. 33, § 3º, do Código Penal" (e-STJ fl. 38)*

Do excerto acima transcrito, observa-se que o regime inicial mais gravoso foi mantido com base na gravidade concreta do crime cometido, demonstrada,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

especialmente, pelo exacerbado volume e diversidade dos estupefacientes apreendidos - **1.200 supositórios de cocaína; 1.496 pedras de crack; e 190 trouxinhas de maconha** -, fator que autoriza a imposição do modo de execução mais severo.

Nesse diapasão, têm-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. MAIOR GRAVIDADE DO DELITO EM RAZÃO DA QUANTIDADE E DA NATUREZA DOS ENTORPECENTES. REGIME FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio, ressaltando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

- Não obstante a primariedade do paciente, a fixação da pena-base no mínimo legal e a aplicação da reprimenda definitiva em patamar inferior a 8 anos de reclusão, a quantidade, diversidade e natureza dos entorpecentes apreendidos são elementos que justificam o agravamento do regime prisional, pois, quanto maior o poder de disseminação e o efeito deletério da droga, maior a gravidade da conduta, exigindo uma resposta mais efetiva do Estado, sobretudo por força do princípio da individualização da pena.

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 324.128/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 03/12/2015)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. FRAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENALIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Consoante jurisprudência desta Corte, devem ser avaliadas as circunstâncias do caso concreto para estabelecer a fração de diminuição da pena pela incidência do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

2. Havendo sido concretamente fundamentada a aplicação da minorante em comento no patamar de 1/6, notadamente na quantidade e na natureza do entorpecente apreendido, não há contrariedade ao disposto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

3. Embora o agravante haja sido condenado a reprimenda inferior a 8 anos de reclusão, foram apontados elementos concretos e idôneos - notadamente a quantidade e a natureza da droga apreendida - que, efetivamente, evidenciam ser o regime inicial fechado o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, consoante o disposto no § 3º do art. 33 do Código Penal, com observância também ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preconizado no art. 42 da Lei de Drogas.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1426679/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 02/12/2015)

No que tange à almejada substituição da pena, na hipótese que se apresenta, tem-se que a conversão da sanção reclusiva por restritivas de direito foi indeferida pelo Colegiado estadual sob o seguinte fundamento, *verbis*:

"Por derradeiro, inviável acolher-se o pleito de substituição da sanção corporal por pena alternativa, tendo em vista as funestas consequências do delito de tráfico de entorpecentes, bem como pelas circunstâncias em que ocorreu (quantidade e nocividade dos tóxicos apreendidos na posse doa gente), mostrando-se insuficiente à reprovação da conduta criminosa (artigo 44, inciso III, do Código Penal)" (e-STJ fls. 38-39).

Assim, em razão do não preenchimento dos requisitos legais, haja vista a gravidade concreta do delito, a negativa da permuta encontra-se devidamente motivada, inexistindo ilegalidade a ser sanada por este Superior Tribunal.

Nesse norte, os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA QUE JUSTIFICA A FRAÇÃO INTERMEDIÁRIA (1/2) UTILIZADA. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA QUANTO AO REGIME MAIS GRAVOSO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. QUANTIDADE E VARIEDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. 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.

- Deve ser mantida a fração redutora de 1/2, pelo reconhecimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando a sentença e o acórdão recorridos, dentro da discricionariedade permitida por lei, fundamentam o patamar escolhido, concretamente, na quantidade e variedade das drogas apreendidas, quais sejam, 15 tubetes na forma crack, 19 tubetes de cocaína, 11 porções de maconha e 9 porções de haxixe. Ademais, alterar a conclusão a que chegaram as instâncias ordinárias implica, sem dúvida, revolver o acervo fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus.

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

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

- Considerando que a pena foi fixada em 2 anos e 6 meses de reclusão, pela primariedade do acusado 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 das drogas apreendidas, deve ser fixado o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

- **Embora o quantum de pena fixado seja inferior a 4 (quatro) anos, a quantidade e a variedade dos entorpecentes apreendidos não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. Precedentes.**

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

(HC 321.831/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/03/2016, DJe 16/03/2016)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). DESPROPORCIONALIDADE. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS DESFAVORÁVEIS. MODO INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. MEDIDA INSUFICIENTE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT 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.

2. Condenado o paciente à pena definitiva de 2 anos, 11 meses e 10 dias de reclusão, pelo concurso material entre os crimes de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo, e valorada negativamente as circunstâncias do delito (natureza e quantidade de droga apreendida), o regime prisional semiaberto (o imediatamente mais grave segundo o quantum da sanção aplicada) é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

3. É insuficiente a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP), tendo em vista a natureza e a quantidade da droga apreendida com o paciente. Precedente.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

(HC 273.256/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 10/03/2016, DJe 17/03/2016)

Nesse mesmo sentido, opinou o Ministério Público Federal em parecer de fls. 296-297, *verbis*:

*O regime inicial fechado se justifica tanto pela gravidade do crime como pela expressiva quantidade e natureza de drogas apreendidas com o paciente. No caso, conforme relata a peça acusatória, o paciente trazia consigo e guardava, para fins de tráfico, **1200 supositórios de cocaína, pesando 1082,4 g. 1496 pedras de crack, com peso de 425,4 g e 190 trouxinhas de maconha pesando 217,8 g.** Assim, pelas circunstâncias do caso concreto, não é recomendada a fixação do regime menos gravoso. Justificada, portanto, a escolha do regime inicial fechado para o início da execução da pena.*

Nesse cenário, também não é indicado o benefício da redução da pena, no grau máximo, pela aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º da Lei de Drogas - no caso o réu já teve a redução pela aplicação da fração de 1/3 - . Ademais, para concluir de forma contrária, seria necessário o revolvimento do acervo probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

E por fim, pelas mesmas razões (grande quantidade e natureza de drogas apreendidas), a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não é socialmente recomendável.

Assim, não preenchidos os requisitos subjetivos exigidos à implementação da benesse, nos termos do art. 44, III, do Código Penal, não há que se falar em substituição da pena. Assim, o Tribunal a quo agiu com suficiente fundamentação e acerto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, ausente o alegado constrangimento ilegal, não se conhece do *habeas corpus*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0038598-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 317.172 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01165951520128260050 1165951520128260050 20140000699351

EM MESA

JULGADO: 07/04/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : MILENA JACKELINE REIS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ITAMAR OLIVEIRA 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."

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