



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 390.603 - SP (2017/0045436-9)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : ANTÔNIO MILHIM DAVID
ADVOGADO : ANTÔNIO MILHIM DAVID - SP028259
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LAISA SAMPAIO DOS SANTOS

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE DA DROGA UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. ELEMENTOS INIDÔNEOS. PENA IGUAL A QUATRO ANOS. RÉ PRIMÁRIA. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO. DETRAÇÃO. TEMA NÃO DEBATIDO NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.
2. 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.
3. Na falta de indicação pelo legislador das balizas para o *quantum* da redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do delito, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, para afastar a aplicação da minorante quando evidenciarem a habitualidade do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.
4. Hipótese em que as instâncias ordinárias, de forma motivada, atentas as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, consideraram a quantidade de droga apreendida – 505,923 g de maconha, exclusivamente, na terceira etapa da dosimetria da pena, para fazer incidir a minorante em 1/5, o que não se mostra desproporcional.
5. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, também o art. 42 da Lei de Drogas.
6. Embora a paciente seja primária e sejam favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o modo semiaberto (previsto como o imediatamente mais grave, segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o adequado e suficiente ao cumprimento da pena reclusiva de 4 anos, tendo em vista a quantidade do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entorpecente apreendido, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 59, ambos do CP, c.c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

7. 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 delito. Precedentes.

8. O pedido de detração para fins de estabelecimento do regime prisional não foi objeto de exame pela Corte de origem, razão pela qual o Superior Tribunal de Justiça está impedido de conhecê-lo, sob pena de indevida supressão de instância. Precedente.

9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Brasília (DF), 03 de agosto de 2017 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 390.603 - SP (2017/0045436-9)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : ANTÔNIO MILHIM DAVID
ADVOGADO : ANTÔNIO MILHIM DAVID - SP028259
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LAISA SAMPAIO DOS SANTOS

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **LAISA SAMPAIO DOS SANTOS**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que a paciente foi condenada à pena de 4 anos de reclusão, em regime fechado, mais o pagamento de 400 dias-multa, como incursa no art. 33, *caput*, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Em sede recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo.

Nesta Corte, o impetrante sustenta que a quantidade da droga apreendida não é fundamento suficiente para afastar a minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, sobretudo quando preenchidos os demais requisitos legais. Aduz que, sendo favoráveis as circunstâncias judiciais e estabelecida pena em patamar não superior a 4 anos, a paciente faz jus ao regime inicial aberto e a permuta legal, devendo ser considerados, também, para fins de detração, os 11 meses de prisão cautelar por ela cumprida.

Requer, assim, a aplicação do redutor no máximo previsto no art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006, bem como a fixação do regime inicial aberto.

O *writ* foi indeferido liminarmente, em razão da deficiente instrução da inicial (e-STJ, fls. 31-32). Acostados aos autos os documentos faltantes, o pedido de liminar foi apreciado e indeferido (e-STJ, fl. 75).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* ou pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 120-126).

É relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 390.603 - SP (2017/0045436-9)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : ANTÔNIO MILHIM DAVID
ADVOGADO : ANTÔNIO MILHIM DAVID - SP028259
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LAISA SAMPAIO DOS SANTOS

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE DA DROGA UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. ELEMENTOS INIDÔNEOS. PENA IGUAL A QUATRO ANOS. RÉ PRIMÁRIA. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO. DETRAÇÃO. TEMA NÃO DEBATIDO NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.
2. 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.
3. Na falta de indicação pelo legislador das balizas para o *quantum* da redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do delito, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, para afastar a aplicação da minorante quando evidenciarem a habitualidade do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.
4. Hipótese em que as instâncias ordinárias, de forma motivada, atentas as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, consideraram a quantidade de droga apreendida – 505,923 g de maconha, exclusivamente, na terceira etapa da dosimetria da pena, para fazer incidir a minorante em 1/5, o que não se mostra desproporcional.
5. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, também o art. 42 da Lei de Drogas.
6. Embora a paciente seja primária e sejam favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o modo semiaberto (previsto como o imediatamente mais grave, segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o adequado e suficiente ao cumprimento da pena reclusiva de 4 anos, tendo em vista a quantidade do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entorpecente apreendido, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 59, ambos do CP, c.c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

7. 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 delito. Precedentes.

8. O pedido de detração para fins de estabelecimento do regime prisional não foi objeto de exame pela Corte de origem, razão pela qual o Superior Tribunal de Justiça está impedido de conhecê-lo, sob pena de indevida supressão de instância. Precedente.

9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto.

VOTO

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

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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.

Sob tal contexto, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesta ilegalidade que autorize a concessão da ordem, de ofício.

Em primeiro grau, a individualização da pena foi feita nos seguintes termos:

Consideradas as diretrizes traçadas pelo artigo 59, "caput", do Código Penal e as atenuantes mencionadas, fixo a pena-base de LAISA e ODAISA em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, tendo em vista o preceito sancionador do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 (...). Em seguida, reduzo as penas de LAISA e ODAISA de somente 1/5 (um quinto) - tendo em vista a grande quantidade de entorpecente apreendido - nos termos do parágrafo 4º da norma tipificadora, perfazendo, na ausência de outras modificadoras, a pena definitiva de 04 (quatro) anos de reclusão e o pagamento de 400 (quatrocentos) dias-multa. (e-STJ, fls. 48-49).

A Corte de origem manteve a pena aplicada na sentença condenatória pelos seguintes fundamentos:

Já as penas-base das acusadas Odaisa e Laísa foram fixadas no mínimo legal de 05 anos de reclusão e 500 dias-multa a minguada de maus antecedentes.

Na segunda fase, as penas se mantiveram inalteradas, pois ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Na terceira etapa, as suas penas foram reduzidas em 1/5, nos termos do artigo 33, parágrafo 4º, da lei nº 11.343/06, o que as tornou em 04 anos de reclusão e 400 dias-multa em seu mínimo unitário, e assim devem permanecer como definitivas, mesmo porque não houve recurso do representante do Ministério Público.

De outra parte, em que pese a pretensão da defesa quanto a aplicação do redutor máximo em seu patamar máximo, a meu ver, tal fração se mostra



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inadequada, uma vez a expressiva quantidade de droga que estava na posse dos réus, e, ainda que não demonstradas as suas participações em organização criminosa, bem indicam a dedicação efetiva ao comércio ilegal, mesmo porque não fizeram prova de qualquer atividade lícita, não parecendo crível que tivessem tal quantidade de droga, sem que a tanto não estivesse ligado a terceiros versados na mesma criminalidade, ou que ao menos estivesse atuando há bom tempo no comércio ilegal.

Por óbvio, os requisitos previstos pelo legislador no artigo 33, parágrafo 4º devem ser analisados separadamente. Do contrário, bastaria que a norma exigisse o preenchimento do requisito da primariedade para que o agente fosse agraciado com a redução da pena.

Ademais, a norma buscou dar ao Juiz a possibilidade de no caso concreto aplicar pena menos rigorosa ao réu primário, de bons antecedentes, que não se dedicasse a atividades criminosas e não integrasse organização criminosa, e a intenção do legislador é clara: dispensar tratamento diferenciado ao “traficante menor”, em detrimento do “traficante organizado”.

A previsão está assentada no princípio da individualização da pena e, assim, não afronta a ordem constitucional. Trata-se de regra não obrigatória, facultando ao Magistrado sua aplicação ou não, de acordo com o caso em exame, de forma fundamentada.

Assim, mantenho o redutor aplicado, permanecendo a fração tal como fixada na sentença. (e-STJ, fls. 21-22).

Inicialmente, convém destacar que a individualização da pena, como atividade discricionária vinculada do julgador, será revista apenas nas hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, quando não observados os parâmetros estabelecidos na legislação de regência e o princípio da proporcionalidade.

A teor 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.

Como é cediço, o legislador ao instituir o referido benefício legal, teve como objetivo conferir tratamento diferenciado aos pequenos e eventuais traficantes, não alcançando, assim, aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida.

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (RHC 72.118/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 26/10/2016 e AgRg no REsp 1442055/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 04/08/2015, DJe 18/08/2015).

In casu, como se observa, as instâncias ordinárias justificaram a incidência da minorante em 1/5, com fundamento na natureza e na quantidade da droga apreendida – 505,923 g de maconha -, conforme autoriza a jurisprudência desta Corte.

Tendo sido apresentada motivação idônea para o índice definido, a alteração desse *quantum* de redução é questão afeta à atividade discricionária do julgador, que só pode ser revista quando verificada sua desproporcionalidade, o que não é o caso dos autos.

A respeito, os seguintes precedentes que respaldam esse entendimento:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL OCORRÊNCIA. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O estabelecimento do redutor na fração de 1/6 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, diante da quantidade da substância entorpecente apreendida em poder do paciente - 82,6 g de cocaína - a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. Motivada de maneira concreta a fixação do quantum de aplicação do referido benefício, não há falar em ilegalidade.

[...]

4. Ordem parcialmente concedida a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda corporal imposta ao paciente.

(HC 382.881/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 23/03/2017).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 3 ANOS E 4 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PELO TRÁFICO PRIVILEGIADO, PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS QUE JUSTIFICAM A FRAÇÃO ESCOLHIDA. REPRIMENDA MANTIDA. REGIME PRISIONAL FECHADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. QUANTIDADE E VARIEDADE DA DROGA. GRAVIDADE CONCRETA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- Esta Corte vem decidindo que a quantidade, a nocividade e a variedade dos entorpecentes apreendidos são fundamentos idôneos a ensejar a escolha da fração redutora, quando for o caso de aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- Deve ser mantida a fração redutora de 1/3, pelo reconhecimento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando o acórdão recorrido aponta a necessidade de uma maior repressão do delito, ante a sua gravidade concreta, evidenciada esta última pela quantidade e variedade dos entorpecentes apreendidos (maconha, cocaína e *crack*). Ademais, alterar a conclusão a que chegou o Tribunal de origem implica, sem dúvida, revolver o acervo fático-probatório, inviável na estreita via do *habeas corpus*. Precedentes.

[...]

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida ex officio, apenas para modificar o regime de cumprimento da pena para o inicial semiaberto,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mantidos os demais termos da condenação.

(HC 389.710/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/04/2017, DJe 17/04/2017).

Quanto ao regime prisional, assiste razão, em parte, à impetrante.

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 § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/7/2012).

Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenado por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Na hipótese, o regime mais grave foi imposto com base na hediondez e na gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas (e-STJ, fls. 22-24), o que constitui fundamentação inidônea para tanto, consoante reiterada jurisprudência desta Corte (HC 343.710/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 21/3/2016).

Desse modo, sendo **manifesto o constrangimento suportado pela paciente** na definição do modo mais severo de cumprimento da pena, é de rigor a concessão da ordem de ofício para sanar a ilegalidade verificada.

Contudo, embora a paciente seja primária e sejam favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o modo semiaberto (previsto como o imediatamente mais grave, segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o adequado e suficiente ao cumprimento da pena reclusiva, tendo em vista a natureza e a quantidade da droga apreendida - 505,923 g de maconha -, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 59, ambos do CP, c.c o art. 42 da Lei de Drogas.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, *CAPUT*, DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADA À PENA CORPORAL DE 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME SEMIABERTO. 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 SEMIABERTO ADEQUADO TAMBÉM PELA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA, QUE DEMONSTRA A GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- 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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

- Deve ser mantida a fração redutora de 1/2, pelo reconhecimento 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 da droga apreendida, qual seja, 43 tijolos de maconha, pesando 129g. Ademais, alterar a conclusão a que chegou 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.

- As referências feitas à hediondez do delito devem ser afastadas como fundamento utilizado para o estabelecimento do regime mais gravoso pelas instâncias ordinárias.

- O regime semiaberto, mais gravoso do que a pena de 2 anos e 6 meses de reclusão comporta, deve ser mantido ante a gravidade concreta do delito, evidenciada pela considerável quantidade da droga apreendida com a paciente - 43 tijolos de maconha, pesando 129g -, elemento que recomenda o regime mais gravoso para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

- *Habeas corpus* não conhecido." (HC 279.016/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016).

No que tange à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, 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.

Desse modo, 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.

Entretanto, verificada a aferição desfavorável das circunstâncias dos delitos, especificamente a quantidade de droga, é insuficiente a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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.)

Por fim, é inviável a análise direta por esta Corte superior do pedido de detração, sob pena de indevida supressão de um grau de jurisdição, uma vez que tal matéria não foi objeto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de debate no Tribunal de origem (HC 334.208/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016.)

Diante do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo**, a ordem de ofício, para estabelecer o regime inicial semiaberto para cumprimento da pena.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0045436-9

HC 390.603 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00197059020148260196 197059020148260196 20170000064748

EM MESA

JULGADO: 03/08/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: ANTÔNIO MILHIM DAVID
ADVOGADO	: ANTÔNIO MILHIM DAVID - SP028259
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: LAISA SAMPAIO DOS SANTOS
CORRÉU	: MICHAEL ONOFRE WOLFF
CORRÉU	: ODAISA CRISTINA STALEN

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