



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 367.679 - SP (2016/0218108-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PAULA HUNGRIA AAGAARD
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VICTOR LUCAS DE ARAUJO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. *QUANTUM*. FRAÇÃO DESPROPORCIONAL. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. REGIME PRISIONAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. POUCA QUANTIDADE DE DROGA. CONDENAÇÃO DEFINITIVA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS SUBJETIVAS E OBJETIVAS FAVORÁVEIS. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO. CABIMENTO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. A quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas no tráfico ilícito de entorpecentes.

3. No caso, a natureza da droga apreendida – *crack* – constitui critério idôneo para impedir a aplicação do redutor em sua fração máxima, mas a sua diminuta quantidade – 7,4g – revela a necessidade de adequá-lo para a proporcional fração de 1/2, redimensionando-se a pena do paciente.

4. O STF, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenados por crimes hediondos e equiparados.

5. A partir do julgamento do HC 97.256/RS pelo STF, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, o benefício da substituição da pena passou a ser concedido aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

6. Hipótese em que o paciente é primário, condenado a pena não superior a 4 anos de reclusão, com análise preponderantemente favorável das circunstâncias judiciais, razão pela qual faz jus ao regime inicial aberto, conforme art. 33, § 2º, alínea c, do CP, além da substituição por restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente, além de fixar o regime inicial aberto, confirmando a liminar anteriormente deferida, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

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, prosseguindo no julgamento, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de dezembro de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 367.679 - SP (2016/0218108-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PAULA HUNGRIA AAGAARD
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VICTOR LUCAS DE ARAUJO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de VICTOR LUCAS DE ARAÚJO, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0002627-90.2015.8.26.0635).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 3 anos e 9 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, incidente a minorante prevista no § 4º do mesmo artigo.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi improvido (e-STJ fls. 26/35), em acórdão assim ementado:

Tráfico de drogas - Recurso da defesa requerendo a absolvição por insuficiência probatória e, subsidiariamente, a aplicação do redutor previsto no §4º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/0 no patamar máximo, a fixação do regime aberto para o cumprimento da pena e, por fim, o afastamento da aplicação da pena de multa por inconstitucionalidade - Provas francamente incriminadoras para o delito de tráfico de drogas - Depoimentos dos policiais militares merecem credibilidade - Drogas embaladas individualmente, prontas para o comércio e consumo de terceiros - Apreendido dinheiro em espécie - Circunstâncias reveladoras da habitualidade no exercício do comércio ilícito As penas não comportam reparo - Pena base fixada no mínimo legal - Atenuante da menoridade relativa - Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça - Mantida a aplicação do redutor na fração de ¼ (um quarto) - Obediência ao princípio da proibição da “reformatio in pejus” - Pena de multa devida e fixada conforme parâmetros legais - Preceito secundário da pena - Ausência de desproporcionalidade e inconstitucionalidade - Manutenção do regime inicialmente fechado em virtude da gravidade e danosidade social provocada pelo crime de tráfico de drogas, bem como pelas circunstâncias em que o delito fora praticado - Impossibilidade de substituição da pena privativa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de liberdade por restritivas de direitos - Resolução nº 5, de 2012, do Senado Federal - Personalidade deturpada e conduta social não mostram ser suficiente a adoção do benefício - Negado provimento ao recurso.

No presente *writ*, a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois manteve: **a)** a fração de apenas 1/4 na aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 com base na quantidade e natureza da droga, que não é expressiva; **b)** o regime inicial fechado com fundamento na gravidade abstrata e hediondez do delito, sendo que o paciente é primário e a pena não excede a 4 anos, fazendo jus ao regime aberto; e **c)** o óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, embora as circunstâncias judiciais sejam favoráveis ao paciente, que faz jus ao benefício.

Ao final, formula pedido liminar para que seja fixado o regime aberto até o julgamento definitivo deste *writ*. No mérito, pede a concessão da ordem para que a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 seja aplicada em seu patamar máximo, redimensionando-se a pena do paciente, além de fixar o regime prisional aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi parcialmente deferido para assegurar ao paciente o direito de aguardar, no regime semiaberto, o julgamento do presente *habeas corpus*.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 119/121, pela concessão de ofício para que seja fixado o regime semiaberto.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 367.679 - SP (2016/0218108-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

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. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

[...] Habeas corpus não conhecido. (HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...]. (STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se, na presente oportunidade, o reconhecimento de constrangimento ilegal na aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 em apenas 1/4, na fixação do regime inicial fechado e negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Quanto ao critério de aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, prescreve o art. 42 do mesmo estatuto, "O juiz, na fixação das penas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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".

Dessa forma, a consideração da natureza e quantidade da droga constitui critério idôneo para a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, na primeira fase da dosimetria da pena, ou para a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, quando for o caso.

No caso, a sentença condenatória fixou a pena-base no mínimo legal de 5 anos, sem alteração na segunda fase da dosimetria e, no tocante à minorante, reduziu a pena em 1/4 com base na seguinte fundamentação (e-STJ fl. 24):

Cabível a aplicação do disposto no art. 33, parágrafo 4º da Lei de Drogas, pelo que diminuo a pena em 1/4, considerando a quantidade de entorpecentes apreendidos, perfazendo 03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão e pagamento de 375 (trezentos e setenta e cinco) dias-multa, no valor mínimo legal.

Assim, na espécie, quantidade da droga apreendida – *crack* – constitui critério idôneo para impedir a aplicação do redutor em sua fração máxima, mas a pequena quantidade – 7,4g – revela a desproporcionalidade da diminuição em apenas 1/4, razão pela qual a dosimetria da pena comporta parcial reparo, sendo que, no caso, entendo proporcional e adequado aplicar a fração de redução em 1/2 na terceira fase da dosimetria.

Em hipótese análoga, decidiu esta Corte:

[...] TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FIXADA EM 1/6 (UM SEXTO). FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. ALTERAÇÃO DA FRAÇÃO PARA 1/2 (METADE). IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO. DIVERSIDADE DO ESTUPEFACIENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa.

2. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a aplicação do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação, devem ser consideradas as circunstâncias do caso concreto.

3. In casu, as instâncias de origem fixaram a fração em 1/6 (um sexto) em razão da natureza de um dos estupefacientes apreendidos. Entretanto, a quantidade da referida droga foi pequena, não justificando a escolha do quantum mínimo.

4. Contudo, em razão da diversidade dos entorpecentes, torna-se inviável a adoção da causa de diminuição em seu patamar máximo, mostrando-se razoável e proporcional ao caso a redução da reprimenda em 1/2 (metade).

[...]

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de reduzir a pena para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, alterar o regime inicial para o aberto e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem designadas pelo Juízo de Execução Penal (HC 326.301/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 11/5/2016).

Assim, mantidos os critérios utilizados pelas instâncias ordinárias na primeira e segunda fase da dosimetria, com pena provisória de 5 anos de reclusão, reduzo a pena em 1/2, razão pela qual a torno definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão.

No que toca ao regime prisional, como cediço, em se tratando de tráfico de entorpecentes, desde o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n. 111.840/ES, inexistente 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.

Outrossim, a Corte Suprema, em 1º/9/2010, no julgamento do HC 97.256/RS, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, na parte relativa à proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes.

Esse entendimento também é adotado por ambas as Turmas da Terceira Seção desta Corte, conforme segue:

CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (LEI N. 11.343/2006, ART. 33). APREENSÃO DE 4,37G DE COCAÍNA E 2,54G DE CRACK. PENA FIXADA EM 1 (UM) ANO E 8 (OITO) MESES DE RECLUSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DE IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO (STF, HC N. 111.840). ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

02. Para o Supremo Tribunal Federal, "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" (HC n. 111.840/ES, Rel. Ministro Dias Toffoli). À luz dessas premissas, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (HC n. 97.256/RS, Rel. Ministro Ayres Brito) e do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (HC n. 111.840/ES, Rel. Ministro Dias Toffoli).

Consequentemente, se satisfeitos os pressupostos legais, aos réus condenados por crime de tráfico de drogas não podem ser negados o regime prisional aberto ou semiaberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (HC n. 306.980/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 18/11/2014; HC 297.688/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 11/11/2014).

03. No crime de tráfico de drogas, sendo o réu primário e a pena privativa de liberdade aplicada inferior a 4 (quatro) anos, pode cumpri-la em regime aberto ou tê-la substituída por restritiva de direito, desde que as circunstâncias judiciais lhe sejam favoráveis e insignificante a quantidade de drogas apreendidas [4,34g de cocaína e 2,4g de crack] (Lei n. 11.343/2006, art. 42; STJ, AgRg no AREsp 202.564/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 10/02/2015; AgRg no REsp 1.462.967/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 05/02/2015; HC 294.400/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 28/04/2015; AgRg no AREsp 601.000/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 25/11/2014).

04. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para: a) estabelecer o regime aberto para cumprimento inicial da pena; b) substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, observadas as condições que deverão ser estabelecidas pelo Juízo da execução. (HC 321.664/SP, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO, Quinta Turma, DJe 3/8/2015).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, INCISO VI, DA LEI N.º 11.343/06. AFASTAMENTO. ASPECTOS OBJETIVOS. CONSIDERAÇÕES OUTRAS. INCURSÃO NA SEARA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

3. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

4. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos e 10 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido. (HC 322.546/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 3/8/2015).

No caso, segue a fundamentação constante da sentença condenatória para fixar o regime prisional fechado e negar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (e-STJ fl. 24):

Quanto ao regime prisional, deverá o réu iniciar o cumprimento da pena em regime fechado. O réu está preso e assim deverá permanecer caso queira recorrer desta sentença, pois não faz jus a qualquer benefício legal (inclusive substituição da pena privativa de liberdade aplicada por restritiva de direitos) por medida de garantia da ordem pública, pois praticou crime gravíssimo, que vem intranquilizando a sociedade, gerando clamor público.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em sede de apelação, consignou o Tribunal local (e-STJ fls. 33/35):

Foi bem fixado o regime inicial fechado para o cumprimento da pena da apelante, pois a gravidade do crime cometido assim o recomenda, sendo comparado a crime hediondo, o que enseja a aplicação, inicialmente, de um regime mais severo, mostrando à sociedade a eficaz repressão a esse tipo de delito.

Frise-se que trazia consigo drogas em quantidade e de alto poder lesivo ("crack"), em porções individuais e embaladas para consumo de terceiros, em local conhecido pela venda de substâncias entorpecentes, onde inúmeras pessoas, para lá se dirigiam com vistas a adquiri-las, ocasionando verdadeira perturbação social com a sua conduta, reforçando-se ainda mais a necessidade da fixação do regime inicial fechado.

(...)

De fato, como aponta a combativa defesa, em razões de apelo, a conversão da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito não é mais vedada, em face da edição da Resolução nº 5, de 2012, do Senado Federal. Entretanto, o apelante não preenche os requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal, de modo que não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois a personalidade deturpada do apelante, assim como a daqueles que enveredam para a prática do crime tráfico ilícito de entorpecentes, bem como a sua conduta social, vioadora da ordem pública instaurada, atentadora à saúde pública, provocando nesta prejuízo incalculável, não indicam que tal medida seria suficiente.

O crime de tráfico de drogas é nefasto, causador de grande desassossego social, pelo que é preciso maior reprovabilidade àqueles que enveredam para a prática de tal conduta ilícita. Assim, inviável a concessão de qualquer outro benefício, sob pena de indisfarçável impunidade, na contramão do anseio social voltado para a melhoria da segurança pública.

Dessa forma, constata-se que os fundamentos utilizados pelo Juízo sentenciante para fixar o regime prisional fechado e negar a substituição são inidôneos, pois baseados na hediondez do delito e na gravidade abstrata.

E, em que pese a consideração da natureza da droga pelo Tribunal a quo, a apreensão de 7,4g de crack não justifica a fixação de regime prisional mais gravoso.

Portanto, tratando-se de réu primário, condenado a pena privativa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade não superior a 4 anos de reclusão, com a análise favorável das circunstâncias judiciais, além da diminuta quantidade de droga – 7,4g de *crack* –, o paciente faz jus ao regime aberto, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º, c, e 3º, do Código Penal.

No mesmo sentido, confirmam-se: HC 363.249/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 05/10/2016 (12,8g de crack); HC 329.413/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 27/04/2016 (7,1 g de crack); HC 366.112/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 20/09/2016, DJe 28/09/2016 (26,4g de crack e 1,9g de cocaína); HC 364.324/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 04/10/2016 (20,9g de crack); HC 367.302/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 25/10/2016 (23g de Cocaína e 2,5g de crack); HC 303.665/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 04/12/2014, DJe 19/12/2014 (15,6g de crack e 2g de maconha); HC 296.945/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/12/2014, DJe 19/12/2014 (22g de crack); HC 303.399/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014 (23,8g de crack; 30,35g de maconha e 5,97g de cocaína).

Por fim, afastada a hediondez do crime como critério para obstar a substituição da pena e a reduzida quantidade de entorpecente apreendido, entendo presentes os pressupostos previstos no art. 44 do Código Penal, razão pela qual é cabível a conversão da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

Ante o exposto, com base no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno do STJ, **não conheço** do *habeas corpus*, mas **concedo a ordem**, de ofício, para redimensionar a pena do paciente para 2 anos e 6 meses de reclusão, além de fixar o regime inicial aberto, confirmando a liminar anteriormente deferida, bem como substituir a pena privativa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0218108-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 367.679 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00026279020150260635 26279020150260635

EM MESA

JULGADO: 20/10/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PAULA HUNGRIA AAGAARD
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VICTOR LUCAS DE ARAUJO

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Após o voto do Sr. Ministro Relator não conhecendo do pedido e concedendo "Habeas Corpus" de ofício", pediu vista, antecipadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer."

Aguardam os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Jorge Mussi.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0218108-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 367.679 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00026279020150260635 26279020150260635

EM MESA

JULGADO: 06/12/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PAULA HUNGRIA AAGAARD
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VICTOR LUCAS DE ARAUJO

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo no julgamento, 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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.