



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 369.584 - SP (2016/0230654-8)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RODRIGO FIGUEIREDO DE OLIVEIRA - DEFENSOR PÚBLICO - SP258374
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BRUNO DIEGO GONÇALVES DA SILVA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO MANTIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA APREENDIDA. FUNDAMENTO VÁLIDO. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO. MODO INTERMEDIÁRIO SUFICIENTE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. *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.
2. 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.
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 art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante quando evidenciarem a habitualidade do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.
4. Hipótese na qual o Tribunal de origem, de forma motivada, atento as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a natureza e a quantidade de droga apreendida – 50 pedras de *crack* –, exclusivamente, na terceira etapa da dosimetria da pena, para fazer incidir a minorante em 1/2, o que não se mostra desproporcional.
5. 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 regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e art. 42 da Lei de Drogas.
6. Embora a quantidade e a natureza altamente lesiva das substâncias entorpecentes sejam argumentos idôneos para se estabelecer o regime mais grave, *in casu*, o inicial fechado, como imposto pelo Tribunal de origem, se mostra desarrazoado, considerando as demais circunstâncias favoráveis ao paciente.
7. Fixada a pena em 2 anos e 6 meses de reclusão e sendo primário o agente, o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime semiaberto (o imediatamente mais grave segundo o *quantum* da pena aplicada) é suficiente para o início do cumprimento da pena reclusiva, sobretudo quando trata-se de condenado pelo delito de tráfico privilegiado, a teor do contido no art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal.

8. Não se mostra socialmente recomendável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista a natureza e a quantidade da droga apreendida com o paciente, que denotam contornos de maior gravidade ao tráfico ilícito de drogas. Precedente.

9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto para o início do 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 "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), 07 de fevereiro de 2017(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 369.584 - SP (2016/0230654-8)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RODRIGO FIGUEIREDO DE OLIVEIRA - DEFENSOR PÚBLICO - SP258374
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BRUNO DIEGO GONÇALVES DA SILVA

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, com pedido de liminar, impetrado em favor de **BRUNO DIEGO GONÇALVES DA SILVA**, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta nos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 250 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Em grau recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo da defesa e manteve a sentença por seus próprios fundamentos.

Nesta Corte, alega a impetrante manifesta ilegalidade na dosimetria da pena, pois não foi indicado fundamento algum para a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no índice de metade. Afirma que, uma vez preenchidos os requisitos legais, o paciente tem direito à referida benesse. Sustenta, por fim, a possibilidade de modificação do regime prisional para um modo mais brando, tendo em vista o *quantum* da pena aplicada e aferição favorável das circunstâncias judiciais, assim como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja readequada a pena; fixado regime diverso do fechado e deferida a permuta legal.

A liminar foi indeferida (e-STJ, fl. 58).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem, de ofício (e-STJ, fls. 108-114).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 369.584 - SP (2016/0230654-8)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RODRIGO FIGUEIREDO DE OLIVEIRA - DEFENSOR PÚBLICO - SP258374
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BRUNO DIEGO GONÇALVES DA SILVA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO MANTIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA APREENDIDA. FUNDAMENTO VÁLIDO. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO. MODO INTERMEDIÁRIO SUFICIENTE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. *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.
2. 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.
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 art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante quando evidenciarem a habitualidade do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.
4. Hipótese na qual o Tribunal de origem, de forma motivada, atento as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a natureza e a quantidade de droga apreendida – 50 pedras de *crack* –, exclusivamente, na terceira etapa da dosimetria da pena, para fazer incidir a minorante em 1/2, o que não se mostra desproporcional.
5. 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 regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e art. 42 da Lei de Drogas.
6. Embora a quantidade e a natureza altamente lesiva das substâncias entorpecentes sejam argumentos idôneos para se estabelecer o regime mais grave, *in casu*, o inicial fechado, como imposto pelo Tribunal de origem, se mostra desarrazoado, considerando as demais circunstâncias favoráveis ao paciente.
7. Fixada a pena em 2 anos e 6 meses de reclusão e sendo primário o agente, o regime semiaberto (o imediatamente mais grave segundo o *quantum* da pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicada) é suficiente para o início do cumprimento da pena reclusiva, sobretudo quando trata-se de condenado pelo delito de tráfico privilegiado, a teor do contido no art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal.

8. Não se mostra socialmente recomendável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista a natureza e a quantidade da droga apreendida com o paciente, que denotam contornos de maior gravidade ao tráfico ilícito de drogas. Precedente.

9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena.

VOTO

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

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

Nesse contexto, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa a fim de verificar a ocorrência de manifesto constrangimento ilegal que autorize a concessão da ordem, de ofício.

Em relação a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo e manteve a redução da pena em 1/2 pelos seguintes fundamentos:

A pena-base foi fixada no patamar mínimo legal, 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no piso, nos termos do art. 59, "caput", do Código Penal, tendo o Juízo de Origem sido benevolente, pois não valorou, como deveria, a natureza e a quantidade da substância entorpecente encontrada, aqui, 50 pedras de "crack" (mensurando 17,45g), circunstâncias essas que, a teor do art. 42, da Lei n. 11.343/06, preponderaram sobre a análise do art. 59, "caput", do Código Penal e justificariam o exasperamento da sua pena-base. Nesse sentido, já se posicionaram o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça: [...]

Entretanto, diante da inércia Ministerial e em atenção ao princípio da "non reformatio in pejus", não há outra alternativa senão cancelar a parcimônia do Juízo de Origem, a pena-base sendo mantida no mínimo legal.

Ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes.

Na terceira fase da dosimetria da pena, o Juízo de Origem entendeu que o réu fazia jus à causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, reduzindo a sua pena em 1/2, balizando-a em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no piso.

Porém, não seria o caso de se fazer incidir o § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, que estatui que nos crimes definidos no "caput" e no § 1º, do indigitado artigo, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 a 2/3, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pois bem.

Desde logo, cumpre lembrar, com base no texto legal, que além da primariedade e dos bons antecedentes do réu, reclama-se que ele não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

De fato, não há negar-se ser extremamente difícil, às vezes impossível mesmo, a prova, no duro, de fato negativo, de o narcotraficante não se dedicar às atividades criminosas nem integrar organização criminosa, "contrario sensu" exigindo-se, por parte do Ministério Público, que prove que ele faz parte de uma organização criminosa ou se dedique a atividades criminosas.

Bem por isso, tem-se entendido, corretamente, frise-se, que a conduta social do réu, o concurso de agentes, a quantidade e a natureza da substância entorpecente, a variedade das substâncias entorpecentes, os apetrechos utilizados pelo criminoso e as circunstâncias da apreensão da substância entorpecente servem, primacialmente, como amparo probatório para o reconhecimento da dedicação do réu à atividade criminosa. Assim, por exemplo, já entendeu, "ad nauseam", o Supremo Tribunal Federal: [...] Nessa linha de entendimento, pode-se afirmar que mesmo o encarregado da disseminação, propriamente dita, da substância entorpecente, aquele narcotraficante reputado, por alguns, como "pequeno", no duro incorpora em si uma das expressões maiores da odiosa prática criminosa narcotraficante, a mais não poder evidenciado que ele se dedica às atividades criminosas. Deveras, como se explicar, sem "partipris", sem apego a questões ideológicas subjacentes, a macular a sã interpretação, que alguém, na posse de alguns papérolas de substância entorpecente, ainda que fosse "maconha", que trouxesse consigo, guardasse, tivesse em depósito, enfim, que a possuísse na forma de qualquer dos núcleos do tipo penal do art. 33, "caput", da Lei n. 11.343/06, não estivesse, vivamente, vinculado senão a uma organização criminosa, ao menos envolvido com atividades criminosas? Quem, com limpa consciência, seria capaz de sustentar que esse disseminador da maldita substância entorpecente, aquele distribuidor e vendedor de esquina, de perto de colégios, de estabelecimentos outros de ensino e de atividades desportivas, não seria o encarregado último justamente da disseminação propriamente dita, da substância entorpecente, o último elo de toda uma precedente cadeia criminosa? Ora, a não ser que esse narcotraficante fosse o produtor da "maconha", fosse o produtor da "cocaína", do "crack", ou seja lá de qual substância entorpecente se queira, de se convir que ele a teria recebido, para fins de venda, de terceiros, elos a ele anteriores, mas igualmente membros de uma estrutura criminosa, de uma organização criminosa, ao menos a revelar o provado envolvimento com as atividades criminosas. Cediço que os narcotraficantes encarregados da entrega de substâncias entorpecentes aos outros narcotraficantes reputados "varejistas", isto é, aqueles encarregados, repito, da disseminação das substâncias entorpecentes, inclusive nas vias públicas, não o fazem, assim não agem sem prévio conhecimento, é dizer, confiança na pessoa daquele para quem será entregue a substância entorpecente a ser vendida no varejo. Curial que nesse tipo de comércio, de fundamental importância a fidedignidade, a confiança, por óbvio prévia, existente entre os narcotraficantes ocupantes dos vários estratos criminosos, todos eles, porém, integrantes de uma mesma estrutura criminosa. É o caso, por exemplo, do narcotraficante denominado "mula", mais voltado, é certo, para a narcotraficância internacional, mas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cuja "ratio" não difere, essencialmente, no caso do narcotráfico varejista, da pessoa daquele, como réu, encarregado da venda dos papелotes, das porções, das substâncias entorpecentes aos infelizes usuários. Como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal: [...]

Tudo o acima exposto traduz, marcadamente, a necessária presença de elementos concretos, reclamados pela jurisprudência, que indicam a dedicação do réu, do narcotraficante, à atividade criminosa relacionada ao comércio de substâncias entorpecentes. Mais uma vez, o que já decidido pelo Supremo Tribunal Federal: [...]

Ou ainda, em outras palavras, como mais uma vez decidido pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a causa especial de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, só há de ser reconhecida para aquele criminoso que pratique o narcotráfico como fato isolado, do qual, à evidência ao menos em princípio, não seria o caso de um "varejista", justamente porque, como exposto alhures, revela-se a sua ligação umbilical com narcotraficantes que o precedem na corrente criminosa, dos quais recebeu a substância entorpecente para fins da sua venda efetiva, ou seja, para fins de venda ao seu destinatário final. [...]

No caso concreto, o réu foi encontrado em poder da substância entorpecente em questão, (50 pedras de "crack"), o que demonstra, ainda mais, a impossibilidade da redução prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

[...]

No caso dos crimes de narcotráfico, a jurisprudência vem utilizando como referência as circunstâncias do art. 42, da Lei n. 11.343/06 e do art. 59, "caput", do Código Penal, para a quantificação da minorante prevista na Lei de Drogas. Nesse sentido: [...]

Assim, no caso dos autos, conforme já exposto, o réu trazia consigo 50 pedras de "crack", substância entorpecente de alta potencialidade lesiva e em considerável quantidade, fatores que, como visto acima, não seriam suficientes para balizar a redução no patamar adotado pela Origem (1/2), mas tão-somente no patamar mínimo (isso se se reconhecesse a indigitada causa especial de diminuição de pena).

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 art. 59 do CP, 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).

Na hipótese, como se observa, o Tribunal de origem justificou a incidência da minorante em 1/2 com fundamento na quantidade de droga apreendida – 50 pedras de *crack*,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conforme autoriza a jurisprudência desta Corte.

Desse modo, apresentados motivos idôneos 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:

"[...] 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 artigo 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal e, com preponderância, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

2. Inexiste ilegalidade na aplicação do redutor no patamar de 1/3 (um terço), dada a natureza e a quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas."

(HC 298.618/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 4/11/2015.)

"2. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

3. A natureza, a variedade da droga constituem fundamento idôneo para justificar a fixação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, em patamar inferior ao máximo legal." (HC 372.209/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 20/10/2016).

Quanto ao regime prisional, melhor sorte assiste à defesa.

Como é cediço, 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 regras estabelecidas no 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, cuja norma determina a preponderância dos vetores referentes à natureza e à quantidade de drogas sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal.

Consigne-se, ainda, que, conforme entendimento cristalizado nas Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF, a fixação de regime mais gravoso, do que o legalmente previsto para a sanção imposta, exige fundamentação idônea e amparada em elementos concretos extraídos dos autos.

Na espécie, em que pese o Tribunal de origem tenha se utilizado de argumentos válidos (a natureza e a quantidade dos entorpecentes) para a escolha do regime mais rigoroso, o modo intermediário (semiaberto) é o mais adequado para o início do cumprimento da pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, sobretudo quando trata-se de acusado primário, e condenado pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tráfico na forma privilegiada (art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal).

Nesse sentido:

"PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. NÃO INCIDÊNCIA. QUANTIDADE DE DROGA E CIRCUNSTÂNCIAS DA APREENSÃO A EVIDENCIAR QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO DO SUPORTE FÁTICO-PROBATÓRIO NA VIA ESTREITA DO *WRIT*. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO COM BASE NA GRAVIDADE DO DELITO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL SEMIABERTO.

[...]

3. Declarada a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 pelo Supremo Tribunal Federal, o Julgador, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e, em se tratando dos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como no caso, deverá levar em conta a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

4. Hipótese em que as instâncias ordinárias fixaram regime prisional mais gravoso em razão da gravidade do delito, o que impõe o reconhecimento do constrangimento ilegal invocado. Assim, considerada a quantidade de pena aplicada e fixada a pena-base no mínimo legal, em virtude da análise favorável das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, deve ser concedida a ordem, de ofício, para que seja estabelecido o regime inicial semiaberto." (HC 367.143/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 25/10/2016)

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ANÁLISE DE CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. REGIME PRISIONAL. HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. REGIME SEMIABERTO. ADEQUAÇÃO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

5. A obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e os a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

6. *In casu*, a imposição do regime mais gravoso (fechado) está apoiada na natureza hedionda do delito, o que não é admissível segundo reiterada jurisprudência deste Tribunal Superior (Nesse sentido: AgRg no REsp 1.434.726/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 20/8/2015; AgRg no REsp 1.523.103/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 3/8/2015).

7. Considerando a pena final imposta (5 anos de reclusão), o fato de o agente ser primário, e as circunstâncias judiciais lhe serem favoráveis, o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime semiaberto é o cabível para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, a teor do contido no art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal, valendo anotar que não é excessiva a quantidade de droga apreendida com o paciente (11,9 gramas de maconha), o que reforça a inadequação da escolha do regime mais severo de cumprimento de pena e, por conseguinte, a manifesta a ilegalidade imposta ao paciente."

(HC 363.414/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 26/10/2016).

No que tange ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, melhor sorte não assiste à impetrante.

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 que vedavam a conversão das penas privativa de liberdade por restritivas de direito, tendo sido, inclusive, tal proibição suprimida 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.

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

Sobre o tema, o seguinte julgado:

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

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

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

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.)

Diante do exposto, **não conheço** deste *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena reclusiva.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0230654-8

HC 369.584 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00022292620158260577 1202015 20160000384464 22292620158260577

EM MESA

JULGADO: 07/02/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: RODRIGO FIGUEIREDO DE OLIVEIRA - DEFENSOR PÚBLICO - SP258374
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: BRUNO DIEGO GONÇALVES DA SILVA

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.