



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 340.673 - SP (2015/0282333-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : LUCIANA MARIA FABRI SANDOVAL VIEIRA
ADVOGADO : LUCIANA MARIA FABRI SANDOVAL VIEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEAN CARLOS NUNES (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTOS VÁLIDOS PARA A MODULAÇÃO DO ÍNDICE DE REDUÇÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. HEDIONDEZ DO DELITO. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA VALORADOS NA TERCEIRA FASE. MODO INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MEDIDA INSUFICIENTE. MANIFESTA ILEGALIDADE EVIDENCIADA. *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. 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, a instância antecedente, dentro do critério de discricionariedade vinculada do julgador na individualização da pena, estabeleceu o patamar de redução em 1/2, com fundamento na variedade e na quantidade da droga apreendida, o que não se mostra desproporcional.

4. É manifestamente ilegal a imposição do regime prisional mais severo com base, exclusivamente, no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

5. Fixada a pena definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime semiaberto (previsto como o imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o suficiente à prevenção e à reparação do delito, considerada a natureza e a variedade da droga apreendida, valoradas na terceira fase da dosimetria da pena, e elencadas como circunstâncias prevalecentes, a teor dos arts. 33 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedente.

6. 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de, confirmando a liminar deferida, fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

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 abril de 2016(Data do Julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 340.673 - SP (2015/0282333-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : LUCIANA MARIA FABRI SANDOVAL VIEIRA
ADVOGADO : LUCIANA MARIA FABRI SANDOVAL VIEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEAN CARLOS NUNES (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **JEAN CARLOS NUNES**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 8 anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 1.200 dias-multa, como incurso nos arts. 33, *caput*, e 35, ambos da Lei n. 11.343/2006.

A Defesa interpôs apelação, que foi parcialmente provida, para absolver o paciente do delito previsto no art. 35 da Lei de Drogas e para reduzir a pena pelo crime de tráfico de drogas, tornando-a definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão, inicialmente em regime fechado, mais 250 dias-multa, negada a permuta legal.

Nesta Corte, o impetrante alega que o paciente possui bons antecedentes, é primário e lhe são favoráveis as circunstâncias judiciais, o que lhe confere o direito à aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, no grau máximo. Afirma, ainda, que não há fundamentação válida para a fixação do regime inicial fechado e para a negativa da substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

Requer, assim, a concessão da ordem, para que seja aplicada a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas em 2/3, assim como seja estabelecido o regime menos gravoso e substituída a pena corporal por restritiva de direitos.

A liminar foi deferida para que o paciente aguardasse o julgamento do mérito deste *habeas corpus* no regime semiaberto (e-STJ, fls. 404-405).

Prestadas as informações (e-STJ, fls. 423-499), manifestou-se o Ministério Público Federal pela concessão da ordem (e-STJ, fls. 419-421).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 340.673 - SP (2015/0282333-2)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : LUCIANA MARIA FABRI SANDOVAL VIEIRA
ADVOGADO : LUCIANA MARIA FABRI SANDOVAL VIEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEAN CARLOS NUNES (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTOS VÁLIDOS PARA A MODULAÇÃO DO ÍNDICE DE REDUÇÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. HEDIONDEZ DO DELITO. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA VALORADOS NA TERCEIRA FASE. MODO INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MEDIDA INSUFICIENTE. MANIFESTA ILEGALIDADE EVIDENCIADA. *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. 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, a instância antecedente, dentro do critério de discricionariedade vinculada do julgador na individualização da pena, estabeleceu o patamar de redução em 1/2, com fundamento na variedade e na quantidade da droga apreendida, o que não se mostra desproporcional.

4. É manifestamente ilegal a imposição do regime prisional mais severo com base, exclusivamente, no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

5. Fixada a pena definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime semiaberto (previsto como o imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o suficiente à prevenção e à reparação do delito, considerada a natureza e a variedade da droga apreendida, valoradas na terceira fase da dosimetria da pena, e elencadas como circunstâncias prevalecentes, a teor dos arts. 33 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedente.

6. 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.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

confirmando a liminar deferida, fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

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.

Nesse contexto, passo ao exame das supostas ilegalidades apontadas pela defesa.

O Tribunal de origem, ao acolher em parte o recurso da defesa, redimensionou a pena do paciente, em decisão assim motivada:

"Quanto a Jean, as básicas do tráfico devem partir do piso legal, ou seja, de cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa, pois, ao contrário do mencionado na sentença, é primário, já que feitos ainda em andamento ou pendentes de análise de recurso não podem ser considerados, diante do princípio da presunção de inocência e da Súmula n. 444, do Superior Tribunal de Justiça, razão pela qual não sofrerão redução na segunda fase, a despeito da atenuante da menoridade relativa (Súmula n. 231, também do Superior Tribunal de Justiça).

Sendo Jean primário e relativamente menor ao tempo dos fatos, além de portar pouca quantidade de entorpecente, tudo indicando realizar tráfico de pequena monta, talvez até mesmo como forma de sustentar o próprio vício, faz jus à aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, no percentual intermediário, estabelecendo-se as reprimendas finais em dois anos e seis meses de reclusão e duzentos e cinquenta dias-multa, de valor unitário mínimo." (e-STJ, fls. 141-142)

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 integrem organização criminosa.

Segundo entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, na falta de indicação pelo legislador de balizas para o *quantum* de redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na modulação de tal índice ou, até mesmo, para impedir a aplicação da minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes (AgRg no AREsp 628.686/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 2/3/2015).

Na hipótese, observa-se que o Tribunal de origem, em consonância com a jurisprudência desta Corte, optou em sopesar a quantidade de droga apreendida com o paciente (7 pedras de *crack* e 2 trouxinhas de cocaína), **exclusivamente**, na terceira etapa do cálculo da pena.

Com efeito, devidamente motivada a escolha do patamar de redução, uma vez que consideradas circunstâncias elencadas legalmente como preponderantes (art. 42 da Lei de Drogas), a alteração desse *quantum* 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

3. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 666.334/AM, sob o regime da repercussão geral, firmou o entendimento de que a natureza e a quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico de drogas devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, sob pena de indevido *bis in idem*, cabendo ao magistrado decidir em que momento as utilizará, o que revela a inexistência de ilegalidade na sua ponderação somente na análise da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006." (HC 298.618/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 4/11/2015)

"[...] 1. 'A dosimetria da pena obedece a certa discricionariedade, porque o Código Penal não estabelece regras absolutamente objetivas para sua fixação' (AgRg no AREsp 499.333/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, julgado em 07/08/2014). Não demonstrado o abuso no exercício dessa discricionariedade, não há como prover recurso se nele a parte objetiva a 'mera substituição do juízo subjetivo externado em decisão fundamentada, dentro dos parâmetros cominados pela lei' (STJ, AgRg no HC 267.159/ES, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 24/09/2013; STF, HC 125.804/SP, Rel. Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 24/02/2015; RHC 126.336/MG, Rel. Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 24/02/2015) - ou se a análise do pedido de redimensionamento da pena necessariamente implicar no revolvimento do conjunto fático-probatório. Como é cediço, "os Tribunais Superiores resolvem questões de direito e não questões de fato e prova" (STF, RHC 113.314/SP, Rel. Ministra Rosa Weber; Súmula 7/STJ; Súmula 279/STF)." (AgRg no AREsp 626.560/SP, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO (Desembargador convocado do TJ/SC), QUINTA TURMA, DJe 15/6/2015)

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena e a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o Tribunal *a quo* consignou:

"Porém, o regime inicial fechado deve ser mantido para Jean, de acordo com a Lei n. 11.464/07, sendo inviável o pleito defensivo de mitigação, pois a conduta continua equiparada a hedionda, a despeito da aplicação do redutor, questão recentemente sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça: "Súmula n. 512: A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas" (DJe 16/06/2014).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Igualmente, a pretendida substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do artigo 44 do Código Penal, não pode ser deferida, pois, a despeito de o *quantum* da pena permiti-la, em princípio, a medida não se mostra suficiente à reprovação e prevenção do gravíssimo delito praticado, situação que, por tal motivo, não se altera diante da Resolução nº 05/2012 do Senado Federal, que afastou a vedação prevista no próprio artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, por entendê-la inconstitucional.

Não se perca de vista que, ainda que afastada a vedação legal específica, é necessário, para a substituição de pena corporal por restritiva de direitos, qualquer que seja o crime, a verificação dos critérios legais, previstos no artigo 44 do Código Penal, e notadamente que a medida seja suficiente à repressão e prevenção do delito, conforme o inciso III de tal dispositivo legal.

Cabe mencionar que, mais recentemente, já após o advento da Resolução n. 05/2012, do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 1.329.088/RS, representativo da controvérsia, sedimentou o entendimento no sentido de que a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas: (...) (e-STJ, fl. 142)

Convém destacar que não mais subsiste a obrigatoriedade do cumprimento inicial em regime fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles equiparados, 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, ocorrida em 27/7/2012.

Na definição 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 pelo crime de tráfico de drogas, o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com a preponderância a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Como se observa, *in casu*, a imposição do regime fechado está apoiada em mera fundamentação *ope legis*, decorrente de norma já declarada inconstitucional, o que não é admissível segundo reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça (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).

Portanto, sendo **manifesto o constrangimento suportado pelo 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.

Entretanto, estabelecida a pena definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime semiaberto (previsto como o imediatamente mais grave, segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o suficiente à prevenção e à reparação do delito, considerada a natureza e a quantidade da droga apreendida, valoradas na terceira fase da dosimetria da pena, e elencadas como circunstâncias prevaletentes, a teor dos arts. 33 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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.)

Por fim, no que tange ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não se identifica o apontado constrangimento sustentado pelo impetrante.

Vale lembrar que a Suprema Corte, na análise do HC 97.256/RS, também



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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, as circunstâncias do crime não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP), como bem ponderado no acórdão impugnado.

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.

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, confirmando a liminar deferida, 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: 2015/0282333-2

HC 340.673 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 11662013 2014000060275 20150000624000 20557872920138260000
30069673920138260136 69102013 8072013

EM MESA

JULGADO: 07/04/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

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	: LUCIANA MARIA FABRI SANDOVAL VIEIRA
ADVOGADO	: LUCIANA MARIA FABRI SANDOVAL VIEIRA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JEAN CARLOS NUNES (PRESO)
CORRÉU	: ORLANDO ROBERTO GALVÃO

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.