



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 343.579 - SP (2015/0304779-9)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RODRIGO FIGUEIREDO DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PABLO PAIVA RODRIGUES
PACIENTE : JEFFERSON FELIPE PEREIRA LOPES

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE DO PACIENTE PABLO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. PENA-BASE DO PACIENTE JEFFERSON. NATUREZA DA DROGA TAMBÉM SOPESADA NA TERCEIRA FASE. *BIS IN IDEM*. PENA-BASE REDUZIDA AO MÍNIMO LEGAL, SEM REFLEXO NA DOSIMETRIA, POIS JÁ HAVIA SIDO REDUZIDA AO MÍNIMO NA SEGUNDA FASE. TRÁFICO PRIVILEGIADO. NÃO RECONHECIMENTO EM RELAÇÃO AO PACIENTE PABLO. REINCIDÊNCIA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. REGIME PRISIONAL. PACIENTE PABLO REINCIDENTE CONDENADO À PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME FECHADO. PACIENTE JEFFERSON. RÉU PRIMÁRIO COM PENA INFERIOR A 4 ANOS E CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA. IMPOSSIBILIDADE PARA AMBOS. *QUANTUM* DA PENA DO PACIENTE PABLO SUPERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO PACIENTE JEFFERSON DESFAVORÁVEIS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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

– Consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, na fixação da pena do crime de tráfico de drogas, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e a conduta social do agente. No caso, a pena-base do paciente PABLO foi fixada acima do mínimo legal em razão da natureza da droga.

- Tendo em vista que a natureza da droga foi sopesada tanto na fixação da pena-base como na aplicação do redutor do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, a pena-base do paciente JEFFERSON deve ser reduzida ao mínimo legal, em virtude do *bis in idem*, contudo, sem reflexo na dosimetria, porquanto a pena-base já tinha sido reduzida ao mínimo legal na segunda fase.

- Inexiste constrangimento ilegal no ponto em que, fundamentadamente, não foi aplicada a causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, à vista de que o paciente PABLO é reincidente.

- 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.

- No caso do paciente PABLO, o regime fechado, mais gravoso que a pena de 6 anos comporta, foi estabelecido nos moldes do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal, tendo em vista que o paciente é reincidente.

- Em relação ao paciente JEFFERSON, considerando que a pena foi fixada em 2 anos e 6 meses de reclusão, mas tendo em vista que o redutor foi aplicado em metade, por conta da natureza da droga apreendida (*crack*), deve ser fixado o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b" e § 3º, do Código Penal.

- Quanto à possibilidade de substituição da pena, da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal, em 1º/9/2010, no julgamento do HC n. 97.256/RS, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei de Drogas, na parte relativa à proibição da conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados por tráfico de entorpecentes.

- Não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos para o paciente PABLO, tendo em vista que o *quantum* da pena fixada supera o limite previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal. Em relação ao paciente JEFFERSON, verifico que as circunstâncias do caso concreto não recomendam a substituição da pena, pois a natureza da droga foi sopesada negativamente na terceira fase da dosimetria.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto apenas para o paciente JEFFERSON.

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 10 de maio de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 343.579 - SP (2015/0304779-9)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RODRIGO FIGUEIREDO DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PABLO PAIVA RODRIGUES
PACIENTE : JEFFERSON FELIPE PEREIRA LOPES

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 PABLO PAIVA RODRIGUES e JEFFERSON FELIPE PEREIRA LOPES, no qual aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0000523-65.2014.8.26.0052).

Consta dos autos que o paciente PABLO foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado. O paciente JEFFERSON foi absolvido.

Interposta apelação pelas partes, o Tribunal negou provimento ao recurso defensivo e deu parcial provimento ao recurso do *Parquet* para aumentar a pena do paciente PABLO para 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, mantido o regime fechado, bem como condenar o paciente JEFFERSON à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pelo mesmo delito do corréu, incidente a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

No presente *writ*, a impetrante alega que os pacientes estão sofrendo constrangimento ilegal, tendo em vista: a) exasperação da pena-base de ambos sem fundamentação idônea; b) deixou de aplicar a causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em benefício do paciente PABLO; c) estabeleceu o regime inicial fechado e negou a substituição para os dois pacientes com base na gravidade abstrata do delito, ressaltando que a reincidência de PABLO não é específica.

Dessa forma, requer, na liminar, que o paciente JEFFERSON aguarde em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade e que o paciente PABLO aguarde no regime semiaberto o julgamento definitivo deste *habeas corpus*. No mérito, pede a concessão da ordem para que as penas dos pacientes sejam reduzidas ao mínimo legal na primeira fase da dosimetria, para que o paciente PABLO seja contemplado com a benesse do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, além de fixar o regime diverso do fechado e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos para os pacientes.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 45/46.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 87/94 pelo não conhecimento da ordem, mas pela concessão, de ofício, para que seja fixado ao paciente JEFFERSON o regime aberto.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 343.579 - SP (2015/0304779-9)

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 utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 fixação da pena-base acima do mínimo legal, na não aplicação da redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 para o paciente PABLO, na fixação do regime fechado para ambos sem fundamentação idônea, bem como na negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Como é cediço, a dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

discrecionariade 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.

Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre *in casu*, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, *in verbis*:

Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

No caso dos autos, veja-se o que foi consignado pelas instâncias ordinárias na fixação da pena-base do paciente PABLO (fls. 31/32):

Em relação ao apelante Pablo a reprimenda aplicada comporta reparos: Atendendo ao disposto no artigo 59, do Código Penal, e artigo 42, da Lei 11.343/06, a pena base foi fixada no patamar mínimo legal, contudo, atendendo ao reclamo do Ministério Público, a pena deve ser fixada acima do mínimo legal, na fração de 1/6 (um sexto), levando-se em consideração a natureza altamente viciante do entorpecente apreendido ("crack"), que indica maior potencialidade lesiva à saúde pública. Assim, fixo a pena base em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão., e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no valor mínimo legal.

Da leitura do trecho supracitado, observo que não há óbice para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, tendo em vista que o Tribunal local exasperou a pena-base em razão da natureza da droga apreendida, fundamento que se encontra em consonância com nossa jurisprudência, que destaco:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO E VEDAÇÃO À SUBSTITUIÇÃO DE PENA. POSSIBILIDADE.

I - A exacerbação da pena-base fundamentada na natureza e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantidade do entorpecente apreendido (crack), atende ao disposto no art. 59 do CP e no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

II - Outrossim, a fixação da pena-base acima do mínimo legal em razão da quantidade e natureza da droga apreendida, na linha do disposto no art. 42 da Lei nº 11.343/2006, pode ensejar, como no caso, a fixação de regime mais gravoso e a vedação à substituição da pena por restritiva de direitos. (Precedentes).

Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 605.512/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 04/03/2016).

Em relação ao paciente JEFFERSON, verifico que a pena-base foi exasperada com base na natureza da droga, nos termos seguintes:

Em relação ao acusado Jefferson passo a dosar a seguinte pena: Sopesadas as circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, e artigo 42, da Lei 11.343/06, fixo a pena base acima do mínimo legal, na fração de 1/6 (um sexto), levando-se em consideração a natureza altamente viciante do entorpecente apreendido ("crack"), que indica maior potencialidade lesiva à saúde pública. Assim, fixo a pena base em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no valor mínimo legal. Na fase intermediária, reconheço a circunstância atenuante da menoridade

Entretanto, a mesma circunstância foi sopesada negativamente na terceira fase da dosimetria, conforme segue:

Na fase derradeira, entendo cabível a aplicação do redutor previsto no § 4º, artigo 33 da Lei 11.343/06, no percentual de 1/2 (metade), considerando a natureza e quantidade de entorpecente apreendido, o que resulta no quantum de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, e ao pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no valor mínimo legal, tornando definitiva.

Assim, para o fim de afastar o *bis in idem* ora identificado, a pena-base deve ser reduzida ao mínimo legal, sem reflexo na dosimetria, pois a sua pena foi reduzida ao mínimo legal na segunda fase.

No que tange ao pleito do paciente PABLO pela aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, sabe-se que a sua aplicação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

demanda o preenchimento de quatro requisitos cumulativos, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organização criminosa.

No caso dos autos, veja-se o que foi consignado pela Corte *a quo* quando julgada a apelação (fl. 31):

De fato, não era o caso de aplicação da benesse prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, em razão da reincidência ostentada.

Da leitura do acórdão, verifica-se que é inviável a aplicação da redutora do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, porquanto o paciente não preenche todos os requisitos legais, tendo em vista a sua reincidência.

A propósito:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DO ART. 28 DA LEI N. 11.340/2006. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA DE ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO (ART. 33, § 4º). INAPLICABILIDADE. RÉ REINCIDENTE E COM MAUS ANTECEDENTES. REGIME FECHADO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PREJUDICIALIDADE. NÃO CONHECIMENTO.

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 pretensão de desclassificação do delito de tráfico para o do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 não pode ser apreciada por esta Corte, por demandar o exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos, inviável na via estreita do habeas corpus.

3. A reincidência e os maus antecedentes da ré afastam a causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

4. Mantido o quantum de pena fixada, de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e tratando-se de ré reincidente e portadora de maus antecedentes, resta prejudicado o pedido de fixação de regime menos gravoso e de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que não preenchido os requisitos do art. 33, § 2º, e art. 44, I, ambos do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. *Habeas corpus não conhecido*. (HC 298.576/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 23/11/2015).

Em relação ao regime, 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.

O regime de cumprimento de pena mais gravoso até pode ser estabelecido, mas, para tanto, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:

Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Nesse mesmo sentido, as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, *in verbis* :

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Contudo, em relação ao paciente PABLO, verifica-se ser inviável arbitrar outro regime que não seja o mais gravoso, porquanto o *quantum* da pena ficou em patamar superior a 4 anos e o paciente é reincidente. Dessa forma, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal, o regime fechado é o adequado ao caso.

Em relação ao paciente JEFFERSON, considerando que a pena foi fixada em 2 anos e 6 meses de reclusão, mas tendo em vista que o redutor foi aplicado em apenas metade, por conta da natureza da droga apreendida (*crack*), deve ser fixado o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b" e § 3º, do Código Penal.

Por fim, quanto à possibilidade de substituição da pena, da mesma forma, o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Dessarte, a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos baseada na hediondez do delito e/ou na gravidade abstrata do crime, configura constrangimento ilegal suscetível de controle por esta via constitucional.

Todavia, não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos para o paciente PABLO, tendo em vista que o *quantum* da pena fixada supera o limite previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

Em relação ao paciente JEFFERSON, entendo que as circunstâncias do caso concreto não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. De fato, embora o *quantum* de pena fixado seja inferior a 4 (quatro) anos, preenchendo, portanto, o requisito objetivo, observo que as circunstâncias do caso, quantidade do entorpecente apreendido - 19 gramas de *crack* - não recomendam a substituição.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO. NÃO CABIMENTO. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. QUANTIDADE E VARIEDADE DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício. 2. Justificado o quantum de redução pela minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em razão da qualidade e diversidade das drogas apreendidas, descabe falar em flagrante constrangimento ilegal a ser sanado, ainda mais quando a fração de redução aplicada "fica indene ao crivo do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

habeas corpus, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório (HC 321.624/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2015, DJe 03/08/2015). 3. Caso em que a incidência daquela minorante no patamar de 1/3 decorreu da quantidade e da natureza da droga apreendida (55 porções de cocaína e maconha), inexistindo ilegalidade patente a ser reparada na via estreita do mandamus. 4. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar o disposto no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal. 5. A despeito de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis e de a pena ter sido fixada em 3 anos e 4 meses de reclusão, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas em poder do paciente, também utilizadas para o fim de fixar o regime prisional, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, admitem o cumprimento inicial da sanção no regime semiaberto. 6. A Suprema Corte, no HC n. 97.256/RS, também passou a admitir a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, no termos do art. 44 do Código Penal. 7. A jurisprudência desta Corte tem entendido que a natureza, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas podem interferir na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (AgRg na Rcl 21.663/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/11/2014, DJe 05/12/2014). 8. In casu, a Corte estadual, sem se alinhar àquela orientação pretoriana, valeu-se, também, da quantidade (55 invólucros) e da natureza da droga (cocaína e maconha) para vedar a substituição pretendida. 9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena. (HC 296.069/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 11/09/2015).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. **Concedo, entretanto, a ordem de ofício**, apenas para o paciente JEFFERSON, para alterar o regime de cumprimento para o semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b" e § 3º.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0304779-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 343.579 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00480493920138260577 20150000545217 480493920138260577

EM MESA

JULGADO: 10/05/2016

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	: RODRIGO FIGUEIREDO DE OLIVEIRA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: PABLO PAIVA RODRIGUES
PACIENTE	: JEFFERSON FELIPE PEREIRA LOPES

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.