



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 372.645 - RS (2016/0253419-1)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : JONES OLIVEIRA DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. DESPROPORCIONALIDADE NÃO VERIFICADA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO EM 1/6. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA DAS DROGAS. PENA INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. 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. O julgador possui discricionariedade vinculada para fixar a pena-base, devendo observar o critério trifásico (art. 68 do Código Penal), e as circunstâncias delimitadoras dos arts. 59 do Código Penal, em decisão concretamente motivada e atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetiva dos agentes. Assim, a revisão desse processo de dosimetria da pena somente pode ser feita, por esta Corte, mormente no âmbito do *habeas corpus*, em situações excepcionais.

3. No caso, a pena-base foi exasperada em razão da quantidade e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

natureza da droga apreendida, justificativa idônea para o aumento realizado.

4. Em relação ao argumento de desproporcionalidade, como é cediço, a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito.

5. A aplicação da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 demanda o preenchimento de quatro requisitos cumulativos, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organização criminosa. Quando não há fundamento idôneo para não se aplicar o patamar máximo, a redutora deve ser aplicada nessa fração.

6. 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.

7. Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos.

8. No caso, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal. Contudo, considerando a pena total de 2 anos, a primariedade do acusado, e a relativa quantidade da droga - 37 pedras de *crack* - deve ser fixado nos termos do art. 33, § 2º, “b”, e § 3º, do Código Penal, o regime semiaberto para cumprimento da pena do ora paciente.

9. Quanto à substituição, verifica-se que as circunstâncias do caso concreto não recomendam, tendo em vista a natureza da droga apreendidas - *crack*.

10. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena e para fixar o regime inicial semiaberto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 08 de novembro de 2016(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 372.645 - RS (2016/0253419-1)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : JONES OLIVEIRA DA SILVA

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de JONES OLIVEIRA DA SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul no julgamento da Apelação n. 0007121-16.2016.8.21.7000.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 5 anos, 1 mês e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, concedido ao paciente o direito de apelar em liberdade (fls. 223/231 e embargos declaratórios de fl. 237).

Interposta apelação, o Tribunal local deu parcial provimento ao recurso para reduzir a pena aplicada para 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, nos termos do acórdão de fls. 302/313.

Na presente impetração, a defesa sustenta haver constrangimento ilegal, aos seguintes fundamentos: a exasperação da pena-base 1 ano acima do mínimo legal, pela valoração negativa de apenas um vetor, qual seja, a culpabilidade, apresenta-se desproporcional; o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 deve ser aplicado na fração máxima de 2/3, ao fundamento de que estão presentes todos os requisitos para a aplicação da benesse; deve ser fixado regime inicial mais brando, quer em razão do montante de pena aplicado, quer em razão da inconstitucionalidade da fixação de regime fechado baseada na hediondez do delito; o paciente faz *jus* ao benefício da substituição da pena, na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

forma do art. 44 do Código Penal.

Diante disso, pede, liminarmente e no mérito, que seja reduzida a pena aplicada ao paciente, fixado regime inicial mais brando e substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

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

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 356/367, pela concessão parcial da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 372.645 - RS (2016/0253419-1)

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 do constrangimento ilegal, tendo em vista a desproporcionalidade na exasperação da pena-base, a não aplicação da redutora do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas em seu patamar máximo; a fixação de regime fechado; bem como a não substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

De início, cabe ressaltar que o julgador possui discricionariedade vinculada para fixar a pena-base, devendo observar o critério trifásico (art. 68 do Código Penal), e as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias delimitadoras dos arts. 59 do Código Penal, em decisão concretamente motivada e atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetiva dos agentes. Assim, a revisão desse processo de dosimetria da pena somente pode ser feita, por esta Corte, mormente no âmbito do *habeas corpus*, em situações excepcionais.

Na hipótese, veja-se como foi realizada a dosimetria da pena-base pelo magistrado (fl. 229):

DOSIMETRIA DA PENA

Jones não registra antecedentes. Sobre sua conduta social e personalidade não há nada nos autos a avaliá-las. Motivou o crime o lucro fácil. Nada se infere das circunstâncias. Conseqüências sempre nefastas aos consumidores e à sociedade, sobretudo porque contribui, em muito, para com o aumento da criminalidade. Culpabilidade erfTarau elevado, pois é imputável e tem consciência do caráter ilícito da sua conduta. Vítima, nessa espécie delitiva, é a própria sociedade, a qual em nada contribuiu para a prática criminosa, como suficiente e necessária à prevenção e repressão ao crime a pena-base de 6 anos e 2 meses de reclusão.

O Tribunal de origem, quando provocado a se manifestar, assim consignou (fls. 310/311):

Quanto ao pedido de redimensionamento da pena aplicada, entendo que a irresignação deverá prosperar parcialmente.

Obrou em acerto a magistrada singular ao valorar negativamente a "culpabilidade", uma vez que a avaliação realizada amolda-se perfeitamente aos parâmetros que utilizo no cálculo do apenamento em crimes relacionados ao tráfico de drogas.

*No entanto, no que concerne ao vetor atinente às conseqüências do crime, revisei meu posicionamento referente à negatização desta basilar sob o fundamento utilizado pelo juízo monocrático. Isso porque, embora seja notório que a prática do crime de tráfico de drogas seja um vetor de incremento da criminalidade como um todo, cuida-se de repercussão negativa já inserida no próprio tipo penal quando da aferição do grau de reprovabilidade da conduta pelo legislador e fixação da pena mínima e máxima cominada ao delito. A negatização desta circunstância judicial, de forma sistemática e generalizada, conduziria ao entendimento de que o apenamento de partida dos acusados pela prática do crime de tráfico de drogas jamais partiria do mínimo legal, revelando a ocorrência de *bis in idem*, o que é vedado em nosso ordenamento jurídico.*

Contudo, embora exista a necessidade de redimensionamento da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena basilar, verifico que a dosimetria apresentada não observou os termos do art.42 da Lei 11.343/06, devendo ser considerada a quantidade e a qualidade da droga para exasperar a reprimenda provisória.

Assim, diante do vetor negativo, bem como a substância entorpecente apreendida, de alta nocividade, fixo a pena-base em 06 (seis) anos de reclusão, por entender adequado ao caso em tela, frente a análise das circunstâncias do ilícito em liça.

Conforme se observa do trecho supracitado, a Corte local redimensionou a pena-base, mas ainda a manteve acima do mínimo legal em razão da quantidade e da qualidade da droga apreendida, o que constitui fundamento idôneo para a exasperação.

Ademais, em relação ao argumento de desproporcionalidade, como é cediço, a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito. Assim, é possível até mesmo "*o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto*" (AgRg no REsp 143071/AM, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 6/5/2015).

Verifica-se, dessa forma, fundamentação concreta e suficiente para o acréscimo da pena, na primeira fase da dosimetria.

No mesmo sentido, perfeitamente aplicável ao caso dos autos:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. ROUBO MAJORADO. INVERSÃO DA ORDEM PARA O INTERROGATÓRIO DO RÉU. INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS POR PRECATÓRIA. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. DOSIMETRIA DA PENA. PROPORCIONALIDADE. VIOLAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. REVERSÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. "Não há falar em mácula na realização do interrogatório dos acusados antes da oitiva de testemunhas de acusação, inquiridas por meio de carta precatória, pois este Superior Tribunal, em consonância com o disposto no art. 222, §§ 1º e 2º, do Código de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Processo Penal, possui o entendimento de que a expedição de carta precatória não tem o condão de suspender o trâmite da ação penal."(RHC 44.385/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 09/09/2014).

2. Segundo a legislação penal em vigor, é imprescindível, quando se trata de alegação de nulidade de ato processual, a demonstração de prejuízo, em consonância com o princípio pas de nullité sans grief, consagrado pelo legislador no art. 563 do CPP, verbis: "Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa".

3. Compete ao julgador mensurar com discricionariedade o quantum de aumento da pena a ser aplicado, desde que seja observado o princípio do livre convencimento motivado. "(...) a ocorrência de diversas vetoriais negativas como a existência de uma única vetorial negativa de especial gravidade autorizam pena base bem acima do mínimo legal." (RHC 101576, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 26/06/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-159 DIVULG 13-08-2012 PUBLIC 14-08-2012).

4. Não se verifica violação ao princípio da proporcionalidade pela exasperação da pena-base em 1 (um) ano de reclusão em decorrência de uma circunstância judicial negativa em delito cuja pena varia de 4 (quatro) a 10 (dez) anos de reclusão.

5. Estando o acórdão fundamentado quanto à majoração da pena-base, não pode esta Corte Superior proceder à alteração da dosimetria, seja para majorá-la, seja para reduzi-la, sem revolver o acervo fático-probatório dos autos, providência não admissível na via do recurso especial ante o óbice constante da Súmula 7/STJ.

6. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp 1547158/RN, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/09/2015, DJe 22/09/2015).

Em relação à redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sabe-se que a sua aplicação 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, o juízo de primeiro grau aplicou a redutora, porém, em patamar inferior ao máximo, nos seguintes termos (fl. 230):

O acusado é primário, não se tem notícias que se dedique à atividade criminosas, nem seja integrante de organização com tal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

finalidade, sendo possível a aplicação do §4º do art. 33 da Lei . 11.343/2006, razão pela qual reduzo o apenamento em 1/6, ou seja 2 anos e 20 dias, perfazendo um total de 4 anos 1 mês e 10 dias de reclusão, a qual vai tornada definitiva ausentes outras circunstâncias a modificá-la.

O Tribunal local manteve a fração de redução, nos termos seguintes (fl. 311):

Considerando que foi aplicada a minorante do art.33,§4º, na fração de 1/6, fixo a reprimenda final em 05 (cinco) anos de reclusão.

Contudo, verifico que o fundamento utilizado não deve prevalecer, tendo em vista que não foi apresentada motivação idônea para justificar a fixação de patamar diverso do máximo. O fato de o paciente ser primário e não se dedicar a atividades criminosas é requisito para se aplicar ou não a benesse e não como fundamento para mensurar o *quantum* que será arbitrado. Quando não há fundamento para não se aplicar o patamar máximo, a redutora deve ser aplicada nessa fração.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA NEGADA COM BASE NA VEDAÇÃO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO. JUÍZO DAS EXECUÇÕES. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

(...)

3. O Juízo de primeira instância não logrou motivar de maneira idônea a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 no percentual de 3/5, porquanto não declinou qualquer fundamento para a fixação do referido redutor em patamar inferior ao máximo. A existência de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

uma graduação (de 1/6 a 2/3) reclama decisão fundamentada com base nos elementos do caso concreto. Na espécie, ante a ausência de fundamentação idônea para a redução apenas em 3/5, é cabível a aplicação da causa especial de diminuição da pena no patamar de 2/3 (dois terços), sendo imperioso o redimensionamento da pena para 1 ano e 8 meses de reclusão.

(HC 298.189/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2014, DJe 17/12/2014)

Assim, necessário refazer a pena do paciente.

Na primeira fase, mantenho a pena-base fixada em 6 anos. Na segunda fase, permanece nesse patamar, porquanto ausentes agravantes e atenuantes. Na terceira fase, aplica-se a redutora no patamar de 2/3, ficando a pena final arbitrada em 2 anos de reclusão.

Como é cediço, 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal (6 anos de reclusão), o que autorizaria a imposição do regime mais gravoso.

Contudo, considerando a pena total de 2 anos, a primariedade do acusado, e a relativa quantidade de droga - 37 pedras de *crack* - deve ser fixado nos termos do art. 33, § 2º, “b”, e § 3º, do Código Penal, o regime semiaberto para cumprimento da pena do ora paciente.

Quanto à possibilidade de substituição da pena, da mesma forma, o 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.

Dessa forma, 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.

Contudo, entendo que as circunstâncias do caso concreto não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. De fato, embora o *quantum* de pena fixado seja inferior a 4 (quatro) anos, preenchendo, portanto, o requisito objetivo, observo que a natureza da droga apreendida - *crack* - não recomenda 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para redimensionar a pena do paciente para **2 anos de reclusão**, bem como para fixar o regime semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b" e § 3º, do Código Penal .

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0253419-1

HC 372.645 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00071211620168217000 00642226720108210033 03321000064228 100917201016157
15102010100911 33201000064228 332100064228 642226720108210033 70044604759
70067969279 71211620168217000

EM MESA

JULGADO: 08/11/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : JONES OLIVEIRA 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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.