



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 381.385 - SP (2016/0320612-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : SORAIA ANKA - SP330626
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : IAGO CAIQUE SANTOS SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO JÁ FIXADO PELO TRIBUNAL A QUO. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. MANUTENÇÃO DO REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE NÃO RECOMENDAM A BENESSE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

– 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.

– 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 a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta, é necessária fundamentação específica, com base nas circunstâncias judiciais desfavoráveis e em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas 440/STJ e 718 e 719 do STF.

– Considerando que o redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não foi fixado em sua fração máxima, em razão da quantidade, diversidade e natureza das drogas apreendidas, para uma pena definitiva inferior a 4 anos de reclusão, deve ser fixado o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, “b”, e § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006, o que, no caso, já havia sido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

feito pelo Tribunal *a quo*. Precedentes desta Corte.

- Embora o *quantum* de pena fixado seja inferior a 4 anos, a quantidade, a variedade e a natureza dos entorpecentes apreendidos não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, nos termos dos precedentes desta Corte.
- *Habeas corpus* não conhecido.

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

Brasília (DF), 14 de março de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 381.385 - SP (2016/0320612-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : SORAIA ANKA - SP330626
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : IAGO CAIQUE SANTOS SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de IAGO CAIQUE SANTOS SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0006740-61.2015.8.26.0191).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 6 anos, 5 meses e 23 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, por incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, incidente a majorante prevista no art. 40, inciso VI, do mesmo estatuto (fls. 13/18).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi parcialmente provido para reduzir a pena-base ao patamar mínimo legal e reconhecer a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na fração de 1/2, razão pela qual a pena do paciente foi redimensionada para 2 anos e 11 meses de reclusão e multa, além de alterar o regime prisional para inicial semiaberto (fls. 21/27). Segue a ementa do acórdão:

TRÁFICO DE DROGAS (Art. 33, caput, c.c. 40, VI, da Lei nº 11.343/06). Réu flagrado na via pública, em atos de mercancia, trazendo consigo, 73 porções de maconha (154,4g), 28 pedras de crack (8,3g), 78 porções de cocaína (67,7g) e 05 frascos de lança-perfume. Materialidade e autoria demonstradas. Tráfico caracterizado, não se havendo falar em absolvição. Réu silente na polícia e em juízo. Palavras dos policiais a incriminar o apelante. Causa de aumento bem demonstrada pela prova oral. Adolescente que era responsável por vigiar o local. Penas. Réu primário e de bons antecedentes. Exasperação da pena-base injustificada. Apesar da diversidade, a quantidade, se não era ínfima, expressiva também não era. Quantidade e diversidade que não impõe concluir estivesse o réu dedicado a atividades criminosas ou que integrasse organização criminosa, não se podendo igualmente assim concluir tão somente diante da afirmação do réu de que não trabalhava. Aplicação do redutor do art. 33, § 4º da Lei de Drogas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Admissibilidade. Redução, todavia, de metade, em razão da quantidade e variedade das drogas, e fixação de regime semiaberto, sem substituição por restritiva de direitos. Recurso parcialmente provido para reduzir as penas e fixar o regime inicial semiaberto.

No presente *mandamus* (fls. 1/9), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois fixou o regime inicial semiaberto e negou a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos sem fundamentação idônea. Aduz que o paciente é primário, as circunstâncias judiciais lhe são favoráveis e a condenação não é superior a 4 anos, razão pela qual faz jus ao regime aberto e à substituição.

Ao final, formula pedido liminar para que seja expedido alvará de soltura em favor do paciente e, no mérito, pede a concessão da ordem para que o regime prisional seja alterado para aberto, além da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 32/34).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento da ordem (fls. 62/63).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 381.385 - SP (2016/0320612-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpra analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, 1ª Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, 4ª Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

No que toca ao regime prisional, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, 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.

Assim, 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. Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Examinando os autos, verifica-se que o Tribunal *a quo* fixou a pena-base no mínimo legal e aplicou a minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 na fração de 1/2, tendo em vista a quantidade e a variedade de entorpecentes apreendidos, resultando em uma pena de 2 anos e 11 meses de reclusão, tendo em vista a incidência da causa de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei 11.343/2006. Na ocasião, estabeleceu o regime inicial semiaberto, ao fundamento de ser *suficiente a adoção do regime semiaberto ao caso, que, por sua vez, é cabível, tendo em vista o atual entendimento desta C. Câmara, na esteira do que vêm decidindo os Tribunais Superiores quanto ao delito de tráfico* (fl. 27).

Ao fixar a pena, tanto que deixou de aplicar o redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em sua fração máxima, o Tribunal *a quo* considerou a natureza e a diversidade das drogas apreendidas – 154,4 gramas de maconha, 8,3 gramas de crack, 67,7 gramas de cocaína e 5 frascos de lança-perfume.

Com efeito, nos termos do entendimento firmado pelo STJ, a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamentos idôneos a justificarem a imposição do regime mais severo que o patamar de pena previsto no CP, inexistindo ilegalidade a ser sanada. Nesse sentido:

**PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS
SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.340/2006. QUANTUM DA DIMINUIÇÃO DA DIMINUIÇÃO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. RAZOABILIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO. ILEGALIDADE. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

3. O quantum da condenação (2 anos e 6 meses), a primariedade, a as circunstâncias judiciais favoráveis e a quantidade e a natureza da droga apreendida (45,3g de cocaína) permitem ao paciente iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime semiaberto, conforme art. 33, § 2º, alínea b, do CP, c/c art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto (HC 310.633/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 25/11/2015) - grifei.

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL SEMIABERTO. CONDENADO PRIMÁRIO. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. REGISTRO DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. OBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 3º, DO CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REQUISITO DO ART. 44, III, DO CP NÃO PREENCHIDO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Após a declaração incidental, pelo Supremo Tribunal Federal, do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, tem-se que ele não constitui fundamentação idônea a justificar a fixação do regime inicial fechado, haja vista que, para estabelecer o regime de cumprimento de pena, deve o magistrado avaliar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo art. 33 e parágrafos, do Código Penal.

2. O paciente não reincidente, condenado a pena inferior a 4 anos de reclusão, mas com registro de circunstância judicial desfavorável sopesada na primeira fase da dosimetria (natureza altamente lesiva da droga apreendida - crack), deverá cumprir a pena no regime inicial semiaberto, a teor do art. 33, § 3º, do CP.

3. Não há constrangimento ilegal no ponto em que foi negada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois não preenchido o art. 44, III, do CP, haja a vista "o comércio de espécie de droga de altíssimo poder destrutivo - crack", que "dava-se há vários meses".

4. Agravo regimental não provido (AgRg no HC 308.543/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

09/06/2015, DJe 22/06/2015) - grifei.

Outrossim, esta Corte Superior de Justiça tem decidido que 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 penas restritivas de direitos.

Na hipótese em análise, o acórdão recorrido afastou a aplicação do art. 44 do Código Penal por sua inadequação ao caso, ao consignar que *deixo de conceder a substituição da pena, tendo em vista a quantidade, diversidade e natureza das drogas apreendidas em poder do apelante, mostrando-se igualmente inadmissível o sursis, mormente diante da pena aplicada* (fl. 27). Assim, ante o fato de que foi apreendido com o paciente quantidade e variedade de entorpecentes cuja nocividade não recomenda a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, consoante o disposto no art. 44, III, do CP, não há qualquer ilegalidade na negativa da *benesse* em tela.

Nesse sentido, sobre os temas acima enfrentados, confirmam-se os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006 E ART. 12 DA LEI N. 10.826/2003. PACIENTE CONDENADO, RESPECTIVAMENTE, ÀS PENAS CORPORAIS DE 4 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO, E 1 ANO DE DETENÇÃO, EM REGIME ABERTO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PELO TRÁFICO PRIVILEGIADO, PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E NOCIVIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS QUE JUSTIFICAM A FRAÇÃO ESCOLHIDA. ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. QUANTIDADE/NOCIVIDADE DA DROGA UTILIZADA APENAS NA TERCEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA. PENA-BASE DO DELITO DE POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO APLICADA NO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N. 231/STJ. REPRIMENDA MANTIDA. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA IGUAL A 4 ANOS. PRIMARIEDADE E MONTANTE DA PENA QUE ENSEJAM O REGIME INICIAL SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DA PENA CORPORAL NÃO RECOMENDADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 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.

- A quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas no tráfico ilícito de entorpecentes. Configura, no entanto, indevido bis in idem a utilização de tal circunstância para fundamentar aumento da pena-base e também do quantum de redução na aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

- Hipótese em que não se operou o vedado bis in idem na utilização da quantidade/nocividade da droga em mais de uma etapa da dosimetria, pois o acórdão recorrido afastou a pena-base do mínimo legal com lastro apenas na análise desfavorável da culpabilidade do paciente. Somente quando da escolha da fração redutora pelo tráfico privilegiado é que foi utilizada a quantidade/nocividade do entorpecente apreendido para fundamentar uma redução menor que a máxima.

- Deve ser mantida a fração redutora de 1/3, pelo reconhecimento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando o caso concreto aponta que foram apreendidos 15 gramas de maconha, divididos em 22 papérolas, e uma porção de pasta-base de cocaína, popularmente conhecida como "paradinha" e que a residência do acusado era conhecida como um ponto de "boca de fumo", elementos que demonstram a gravidade concreta do delito, a ensejar a necessidade de uma redução menor do quantum da pena. Ademais, alterar a conclusão a que chegou o Tribunal de origem implica, sem dúvida, revolver o acervo fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus.

- Nos termos da Súmula n. 231/STJ, a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

- Hipótese em que inexistente coação ilegal a ser reconhecida de ofício por esta Corte, pois correto o acórdão recorrido que confirmou a impossibilidade de redução da pena, na segunda etapa da dosimetria do delito de posse irregular de arma de fogo, para patamar abaixo do mínimo previsto para o tipo, mantendo, assim, a reprimenda privativa de liberdade aplicada pela instância



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

originária. Ademais, vale consignar que esta Corte já assentou o entendimento de que a aplicação da Súmula n. 231/STJ não constitui afronta ao princípio da individualização da pena.

- 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 a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas 440/STJ e 718 e 719 do 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, assim como a presença de circunstância judicial desfavorável. Na hipótese, o acórdão recorrido fundamentou a necessidade do regime fechado com base na quantidade/nocividade da droga apreendida e na presença de circunstância judicial desfavorável.

- Embora válido o fundamento para o recrudesimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado, ao réu primário, condenado à pena reclusiva de 4 anos de reclusão, cuja pena-base foi estabelecida pouco acima do mínimo legal com fulcro na valoração desfavorável de apenas uma circunstância judicial, fazendo jus o paciente ao regime intermediário, qual seja, o semiaberto. Precedentes desta Corte.

- Conquanto o montante da pena (4 anos de reclusão) atenda o requisito objetivo do art. 44, I, do Código Penal, o acórdão recorrido consignou que a quantidade e a natureza dos entorpecentes apreendidos, aliadas à presença de circunstância judicial desfavorável, não recomendam a substituição da pena corporal, nos termos do inciso III do art. 44 do CP, fundamentos que se encontram alinhados à jurisprudência desta Corte.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto (HC 356.681/MS, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 23/09/2016).

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TRÁFICO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. MOTIVOS DIVERSOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL SEMIABERTO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. Não há falar em bis in idem na dosimetria da pena, haja vista que a exasperação da pena-base deu-se em razão da natureza da substância entorpecente apreendida - cocaína -, ao passo que o quantum de redução na terceira etapa da dosimetria foi determinado em 1/2 (metade) em razão da quantidade do entorpecente apreendido - 9 porções de cocaína, pesando aproximadamente 3,20 g -, motivos diversos, pois.

3. Em regra, é vedada a revisão da dosimetria em habeas corpus, somente cabível quando há flagrante ilegalidade, como na hipótese, em que o Tribunal de origem não declinou motivação idônea para fixação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 em patamar diverso do máximo.

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

5. **"Quando há circunstância judicial considerada em desfavor do réu, não há como conceder o benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, à luz do disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal" (HC 217.567/RJ, Rel. Min. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 25/06/2012)**

6. **É assente neste Tribunal Superior que para os casos em que o agente tenha sido condenado a pena inferior a quatro anos de reclusão (in casu, 2 anos, 1 mês e 20 dias de reclusão) e presentes circunstâncias judiciais desfavoráveis idôneas à elevação da pena-base acima do mínimo legal, aplica-se o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena, em observância ao artigo 33, parágrafos 2º e 3º, do Código Penal.**

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de reduzir a pena imposta ao paciente para 2 anos, 1 mês e 20 dias de reclusão e 200 dias-multa (HC 362.559/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 12/09/2016).

Ante o exposto, uma vez não configurado o alegado constrangimento ilegal, **não conheço** do presente *habeas corpus*.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0320612-0

HC 381.385 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00067406120158260191 16952015 2015001695 20160000633665 67406120158260191

EM MESA

JULGADO: 14/03/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : SORAIA ANKA - SP330626
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : IAGO CAIQUE SANTOS SILVA (PRESO)

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."

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