



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 363.857 - SP (2016/0192729-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ANA CAROLINA CARNEIRO BARDE BEZERRA - RJ165158
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GUILHERME UNGER FERREIRA PINTO

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedente.

2. Contudo, o alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AÇÃO PENAL EM ANDAMENTO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. AFASTAMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO. AUSÊNCIA DE COAÇÃO ILEGAL.

1. Nos termos da jurisprudência deste Tribunal Superior de Justiça, a gravidade concreta do crime autoriza a não incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06.

2. Na hipótese, o Tribunal *a quo* concluiu, de forma fundamentada, quanto a não aplicação do redutor, haja vista a existência de ação penal em andamento em desfavor do paciente, indicando sua dedicação à atividade criminosa, inexistindo constrangimento ilegal a ser sanado.

REGIME PRISIONAL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI N. 11.464/2007. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE MODO DIVERSO DO FECHADO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA A JUSTIFICAR O REGIME MAIS GRAVOSO. FAVORABILIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CP. COAÇÃO ILEGAL CARACTERIZADA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, com a redação que lhe foi conferida pela Lei 11.464/2007, que estabelecia o modo inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos delitos hediondos cometidos após a sua entrada em vigor, o regime prisional para esses tipos de crimes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

deve agora ser fixado de acordo com o previsto no artigo 33 do Código Penal.

2. No caso dos autos, a Corte de origem manteve o modo inicial fechado baseando-se na hediondez e na suposta gravidade do crime, a despeito de a reprimenda ter sido estabelecida em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão.

3. Entretanto, afastado o fundamento relativo à natureza do crime, tendo em vista a pena aplicada e que a gravidade do ilícito não justifica a manutenção do fechado, porquanto a quantidade do entorpecente apreendido não foi elevada e, considerando, ainda, a favorabilidade das circunstâncias judiciais, imperiosa a alteração para o regime semiaberto.

REPRIMENDA RECLUSIVA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PENA DEFINITIVA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. IMPOSSIBILIDADE. BENEFÍCIO OBJETIVAMENTE INVIÁVEL.

1. A substituição da sanção reclusiva por restritivas de direito é possível quando encontram-se preenchidos os requisitos subjetivo e objetivo previstos no art. 44, do Código Penal.

2. *In casu*, a pena foi mantida em patamar superior a quatro anos, impedindo a conversão da reprimenda em restritiva de direitos, por não restar atendido o requisito objetivo previsto no art. 44, inciso I, do CP.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de alterar o regime inicial para o semiaberto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 09 de maio de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 363.857 - SP (2016/0192729-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ANA CAROLINA CARNEIRO BARDE BEZERRA - RJ165158
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GUILHERME UNGER FERREIRA PINTO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de GUILHERME UNGER FERREIRA PINTO contra acórdão proferido pela 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento à Apelação n. 0027571-07.2014.8.26.0405, mantendo a condenação à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado e 500 (quinhentos) dias-multa, em razão da prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que deveria ser aplicada a causa de diminuição especial do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas em seu patamar máximo, não existindo nos autos prova de que teria envolvimento com atividade ilícita ou organização criminosa.

Argumenta que o caráter hediondo e a gravidade abstrata do delito não seriam motivos idôneos para o estabelecimento de regime inicial mais gravoso, em razão das circunstâncias pessoais e do caso concreto.

Aduz que seria cabível a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, tendo em vista o preenchimento dos requisitos legais.

Requer a concessão da ordem constitucional para aplicar a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, em seu patamar máximo, mitigar o regime inicial para outro mais brando e substituir a pena privativa pela restritiva.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento da impetração, mas pela concessão da ordem de ofício, a fim de que os autos retornem ao Tribunal de origem, que deverá determinar o regime inicial, levando em consideração os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

elementos do caso.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 363.857 - SP (2016/0192729-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Inicialmente, cumpre atestar a inadequação de via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105, da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NÃO CONHECIMENTO. HOMICÍDIO. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PREJUÍZO. INEXISTÊNCIA. ALEGAÇÕES FINAIS. PRESCINDIBILIDADE. INÉRCIA DA DEFESA, DEVIDAMENTE INTIMADA PARA REALIZAÇÃO DO ATO. ARTIGO 565 DO CPP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

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.

[...]

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 366.706/PE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 16/11/2016)

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, porque:

"[...] no dia 17 de setembro de 2014, por volta das 10h40, na Avenida Maria dos Anjos da Conceição, nº. 1, Jardim Roberto, nesta cidade e Comarca de Osasco/SP,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

GUILHERME UNGER FERREIRA PINTO, qualificado a fls. 7 e 17/24, trazia consigo 17 (dezesete) invólucros plásticos contendo Cannabis sativa L, vulgarmente conhecida por cânhamo (maconha), cuja pesagem aferiu a massa de 54,82 g (cinquenta e quatro gramas e oitenta e dois centigramas); 16 (dezesseis) invólucros plásticos contendo Erythroxilum coca, na forma de pedras de crack, com peso líquido de 3,69 g (três gramas e sessenta e nove centigramas), e 7 (sete) pinos plásticos contendo Erythroxilum coca, na forma de cocaína, com peso líquido de 4,82 g (quatro gramas e oitenta e dois centigramas), para fins de entrega a terceiros, sem autorização e em desacordo com determinação legal, substâncias estas capazes de causar dependência física e psíquica, conforme auto de exibição e apreensão de fls. 12/13 e laudo de constatação de fl. 15." (e-STJ fl. 20)

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de origem, o qual lhe negou provimento, mantidos os termos do édito condenatório.

No que se refere à almejada incidência da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, observa-se que o magistrado singular deixou de aplicar a referida benesse, asseverando, a saber:

"Não é pertinente a redução prevista pelo artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06, por não haver qualquer indicação de que o tráfico de entorpecentes foi eventual, pelo contrário. Ao que se apurou, Guilherme foi abordado em decorrência de atitude suspeita, em local de conhecido ponto de traficância. Ele tentou se evadir, sendo, entretanto, detido.

Veja-se, outrossim, que o próprio confessou a mercancia ilícita, declinando, inclusive, possuir anterior feito, em andamento, pelo mesmo delito.

[...]

Cabe, ainda, ressaltar que, não sendo o acusado o produtor da droga, adquire ele o entorpecente de outrem, os quais estão vinculados a atividades criminosas antecedentes (Apelação 0049725-63.2007.8.26.0405 - Relator Amado Faria-8ª Câmara de Direito Criminal - Tribunal de Justiça de São Paulo - 19.04.2012)." (e-STJ fls. 46/47)

A Corte estadual, ao negar provimento ao pleito defensivo, manteve a decisão de piso, sob o seguinte fundamento, *verbis*:

"Na derradeira fase, a meu aviso, não deve incidir a causa de diminuição de pena de que trata o artigo 33, parágrafo 4º,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da Lei de Tóxicos, bem afastada na r. Sentença. Com efeito:

As circunstâncias dos fatos (não ter o réu demonstrado que possuía ocupação lícita, portanto, não tinha ele como se manter por meios lícitos) geram, no meu entender, presunção de não-satisfação das condições previstas no § 4º, do artigo 33, das Lei de Tóxicos.

Noutras palavras, infere-se delas que o sentenciado, se não integra/integrava efetivamente organização criminosa, que ele, pelo menos, se dedicava à atividade criminosa (no caso, ao tráfico) para se manter, garantir renda. Em tal caso, cabia-lhe afastar essa presunção (inversão de ônus da prova) de modo válido e convincente, o que não aconteceu." (e-STJ fls. 58/59)

Sabe-se que o § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 dispõe que para o crime de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparadas as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) não integre organização criminosa.

Pela leitura dos excertos supra, constata-se que as instâncias de origem afastaram a referida benesse com base nas circunstâncias do caso concreto, indicando que se dedicaria a atividades criminosas, já que possui ação penal em andamento pela prática do mesmo crime em apuração (e-STJ fls. 46/47), o que revela a sua propensão para o cometimento de ilícitos, situação apta a afastar a aplicação do redutor em questão, já que não preenchido o requisito previsto na lei com a expressão "*não se dedique às atividades criminosas*", evidenciando, desse modo, não ser merecedor da benesse ora almejada.

Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ARTIGO 33, §4º, DA LEI 11.343/06. REQUISITOS CUMULATIVOS. DEDICAÇÃO ATIVIDADE CRIMINOSA. UTILIZAÇÃO INQUÉRITOS E/OU AÇÕES PENAIS. POSSIBILIDADE. PROVIMENTO DO RECURSO.

I - O benefício legal previsto no §4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 pressupõe o preenchimento pelo Réu de todos os requisitos cumulativamente, sendo eles: i) primariedade; ii) bons antecedentes;

iii) não dedicação em atividade criminosa; iv) não integrar organização criminosa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

II - O crime de tráfico de drogas deve ser analisado sempre com observância ao mandamento constitucional de criminalização previsto no artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal, uma vez que se trata de determinação do constituinte originário para maior reprimenda ao delito, atendendo, assim, ao princípio da vedação de proteção deficiente.

III - Assim, é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica à atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06 IV - In casu, o Tribunal de Justiça afastou a causa de diminuição de pena mencionada em virtude de o Réu ostentar condenação por tráfico de drogas não transitada em julgado, considerando que ele se dedica à atividade criminosa por não desempenhar atividade lícita, bem como porque "assim que saiu da cadeia, voltou a praticar o mesmo delito".

Embargos de divergência providos para prevalecer o entendimento firmado no acórdão paradigma, restabelecendo o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça.

(EREsp 1431091/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/12/2016, DJe 01/02/2017)

PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ARTIGO 33, §4º, DA LEI 11.343/06. REQUISITOS CUMULATIVOS. DEDICAÇÃO ATIVIDADE CRIMINOSA. UTILIZAÇÃO INQUÉRITOS E/OU AÇÕES PENAIS. POSSIBILIDADE. PROVIMENTO DO RECURSO.

I - O benefício legal previsto no §4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 pressupõe o preenchimento pelo Réu de todos os requisitos cumulativamente, sendo eles: i) primariedade; ii) bons antecedentes;

iii) não dedicação em atividade criminosa; iv) não integrar organização criminosa.

II - O crime de tráfico de drogas deve ser analisado sempre com observância ao mandamento constitucional de criminalização previsto no artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal, uma vez que se trata de determinação do constituinte originário para maior reprimenda ao delito, atendendo, assim, ao princípio da vedação de proteção deficiente.

III - Assim, é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica à atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06 IV - In casu, o Tribunal de Justiça afastou a causa de diminuição de pena mencionada em virtude de o Réu ostentar condenação por tráfico de drogas não transitada em julgado, considerando que ele se dedica à atividade criminosa por não desempenhar atividade lícita, bem como porque "assim que saiu da cadeia, voltou a praticar o mesmo delito".

Embargos de divergência providos para prevalecer o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entendimento firmado no acórdão paradigma, restabelecendo o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça.

(EResp 1431091/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/12/2016, DJe 01/02/2017)

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS (12 BUCHAS DE COCAÍNA). WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. FALTA DE CABIMENTO. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. FATOS CRIMINAIS PENDENTES DE DEFINITIVIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFASTAMENTO. LEGALIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS CAPAZES DE INFIRMAR A DECISÃO AGRAVADA.

1. Processos criminais em curso, ou seja, sem condenação transitada em julgado, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula 444/STJ), podem embasar o afastamento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando permitem concluir que o agente se dedica a atividades criminosas.

2. Ausência de fundamentos capazes de infirmar a decisão agravada.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 367.240/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 01/12/2016)

Desta forma, não se pode dizer que o Tribunal de origem incidiu em constrangimento ilegal, pois, entendendo que o paciente não satisfazia às exigências para a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, fundamentadamente rechaçou a sua incidência *in casu*.

No que se refere ao regime inicial de execução da pena, verifica-se que o Colegiado estadual manteve o modo mais gravoso fixado na origem, sob a seguinte fundamentação, *verbis*:

"No que se refere ao regime prisional imposto, outro não poderia ser que não o fechado.

Quanto ao crime de tráfico, tenho que deve ser atendido o disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, disposição expressa que, a menos que se queira decidir contra a lei, deve regular o caso. Referido dispositivo legal foi editado pelos Poderes Competentes, gozando, até prova em contrário, de presunção de constitucionalidade.

Não é escusado dizer que, sob a minha ótica, tal dispositivo legal (art. 2º, § 1º) - assim como ocorria com o antigo, que impunha o regime integral fechado não padece do vício da inconstitucionalidade, por justamente regular e prever o tratamento penal mais rigoroso que os autores de crimes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

hediondos ou a eles equiparados devem ter, por previsão constitucional (CF, art. 5º, XLIII). Quanto à individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI), ela será observada no curso da execução penal.

[...]

Não desconheço que o Excelso Pretório, na sessão de 27.6.2012, nos autos de Hábeas nº 111.840, reconheceu, por maioria de votos, a inconstitucionalidade do referido dispositivo, mas fê-lo, ressaltando, incidentalmente, o que significa dizer que valeu somente para o processo julgado; não tem efeito erga omnes, pelo menos enquanto o Senado Federal não se pronunciar a respeito (CF, art. 52, X) . Assim, malgrado o entendimento que vem se firmando nas mais altas Cortes de Justiça da Nação, entendendo inteiramente aplicável a norma referida, o que obriga à fixação do regime inicial mais severo." (e-STJ fls. 64/65).

Da leitura do excerto supra, vê-se que, na hipótese, embora a reprimenda tenha sido estabelecida em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, o Tribunal de origem manteve o modo fechado com esteio na previsão contida no § 1º, do artigo 2º, da Lei 8.072/1990 e na suposta gravidade da conduta.

Acerca do tema, cumpre observar que a nova redação dada ao mencionado dispositivo legal, que estabelecia a obrigatoriedade de cumprimento inicial da pena no modo fechado, nos casos de condenação pelo delito do art. 33 da Lei de Drogas, foi declarada, por maioria de votos e de forma incidental, inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do HC 111.840, da Relatoria do Exmo. Sr. Ministro Dias Toffoli, ocorrido em 27.6.2012, por entender-se que o dispositivo contraria a Constituição Federal, especificamente no ponto que trata do princípio da individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI), devendo o regime prisional, então, ser fixado de acordo com o previsto no art. 33, e seus parágrafos, do Código Penal.

Como sabido, o controle incidental de constitucionalidade, também chamado doutrinariamente de controle por via difusa, por via de defesa, ou por via de exceção, se dá em qualquer instância judicial, por juiz ou tribunal, em casos concretos, comuns e rotineiros, e ocorre quando uma das partes questiona a Justiça sobre a constitucionalidade de determinada norma.

Certo também que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade pela via difusa são restritos ao processo e às partes, e, via de regra, retroagem desde a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

origem do ato subordinado à inconstitucionalidade da lei/norma assim declarada.

Entretanto, tendo a inconstitucionalidade sido declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, a quem incumbe a interpretação da Constituição Federal, deve ser seguida a orientação dada pela Corte Suprema.

Dessa forma, e considerando-se a declaração de inconstitucionalidade, ainda que por maioria de votos e de forma incidental, da nova redação dada ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 pela Lei 11.464/07, deve o regime prisional ser fixado de acordo com os ditames do art. 33, § 2º e 3º, c/c art. 59 do Código Penal.

Assim, afastado o fundamento relativo à hediondez do crime, e tendo em vista a pena aplicada e que a gravidade do delito não justifica a imposição do modo prisional mais gravoso, porquanto a quantidade de droga apreendida não foi elevada **(e-STJ fl. 20)** e foram consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais -, necessária a sua modificação para o semiaberto.

Nesse diapasão:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME PRISIONAL FECHADO. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE. CONDENAÇÃO PROVISÓRIA ANTERIOR. OFENSA À SUMULA N. 444 DESTA CORTE. PENA-BASE REDUZIDA AO MÍNIMO LEGAL. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. MONTANTE DA PENA QUE NÃO PERMITE O BENEFÍCIO. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS E PRIMARIEDADE QUE ENSEJAM O REGIME INICIAL SEMIABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenados por crimes hediondos e equiparados.

- O regime de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena comporta pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.

- No caso, considerando o novo montante da pena de 5 anos de reclusão, a primariedade do paciente e a valoração favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal, deve ser estabelecido o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do CP.

Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para reduzir as reprimendas do paciente para 5 anos de reclusão, no regime inicial semiaberto, e 500 dias-multa.

(HC 374.992/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 10/02/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA TRANSPORTADA PELA PACIENTE (40KG DE MACONHA). APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS (ART. 59 DO CÓDIGO PENAL). IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO. FUNDAMENTO NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL RECONHECIDO. INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA.

[...]

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.

111.840/ES em 27/6/2012, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei n.

8.072/1990, com a redação que lhe conferiu a Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados.

3. As Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e a 440 desta Corte afastam a imposição de regime mais gravoso quando lastreado apenas na gravidade abstrata do delito ou em motivação inidônea.

4. A pena-base da paciente foi fixada no mínimo legal, em razão das circunstâncias judiciais favoráveis (art. 59 do Código Penal), mas as instâncias de origem deixaram de aplicar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, tendo em vista a grande quantidade de droga por ela transportada (40kg de maconha). O montante de pena aplicada - 5 anos e 10 meses de reclusão -, inviabiliza a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

5. Foi aplicado o regime inicialmente fechado, mais severo do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que a reprimenda comporta, sem fundamentação idônea, com fulcro, tão somente, na hediondez do delito e na gravidade abstrata da conduta, o que vai de encontro com o disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal, bem como afronta os enunciados das Súmulas 718 e 719/STF e 440/STJ, configurando constrangimento ilegal.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para alterar o regime de cumprimento de pena para o semiaberto. (HC 361.721/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 08/11/2016, DJe 22/11/2016)

Em relação à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não há falar em constrangimento ilegal a ser sanado através da via eleita, pois a pena restou estabelecida definitivamente em patamar superior a 4 (quatro) anos, pelo que inviável a permuta, visto que não preenchido o requisito objetivo exigido pelo art. 44 do CP.

Nesse norte, os seguintes precedentes, deste Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS E MAUS ANTECEDENTES. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. TRÁFICO PRIVILEGIADO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. MAUS ANTECEDENTES. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. 5 ANOS E 8 MESES DE RECLUSÃO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. QUANTUM SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto o patamar da pena supera o limite previsto no art. 44, inciso I do Código Penal.

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 370.375/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 27/10/2016)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DE DROGAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/06. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. MOTIVOS DIVERSOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. PACIENTE QUE INTEGRAVA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. [...]

4. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final do paciente alcançado 6 anos, 6 meses e 22 dias de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

5. Devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial fechado, com base em elemento concreto dos autos, a saber, a quantidade da droga apreendida - 79 kg de maconha (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006) -, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 371.849/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 21/10/2016)

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, não se conhece do *writ*, concedendo-se, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, para alterar o regime inicial para o semiaberto, mantidos os demais termos do acórdão impugnado.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0192729-0

HC 363.857 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00275710720148260405 20160000220986 275710720148260405 29232014

EM MESA

JULGADO: 09/05/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: ANA CAROLINA CARNEIRO BARDE BEZERRA - RJ165158
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: GUILHERME UNGER FERREIRA PINTO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.