



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 380.247 - RS (2016/0311747-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : SERGIO FRITZ ROSA

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 N. 11.343/2006. NEGATIVA DE APLICAÇÃO. CONDENAÇÃO POR FATO POSTERIOR AO ORA EM ANÁLISE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. O § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 dispõe que 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.

2. Atendidos os pressupostos legais à aplicação do benefício, imperiosa a mitigação da pena nos termos do supracitado dispositivo legal, tendo em vista que condenação por fato posterior ao ora em análise não tem o condão de afastar sua incidência, nos termos da Súmula 444/STJ. Precedentes.

3. Assim, tendo em vista a favorabilidade das circunstâncias judiciais e a pequena quantidade de droga apreendida - 36,40 g de maconha, mostra-se razoável e proporcional ao caso a redução da reprimenda em 2/3 (dois terços).

REGIME INICIAL. DESPROPORCIONALIDADE AO *QUANTUM* FINAL DA PENA. ALTERAÇÃO PARA O MODO ABERTO.

Redimensionada a pena privativa de liberdade para patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis e tendo a pena-base sido fixada em seu mínimo legal, mister a readequação do regime inicial para o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aberto, em conformidade com o art. 33, § 3º, alínea c, do CP.

SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. PREENCHIMENTO.

1. A substituição da sanção reclusiva por restritivas de direito mostra-se possível quando encontram-se atendidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

2. No presente caso, encontram-se preenchidos os pressupostos necessários à conversão da pena privativa de liberdade, haja vista as circunstâncias do crime noticiado.

3. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de reduzir a pena para 2 (dois) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial aberto e multa, determinando-se a substituição da pena privativa por restritivas de direitos, a serem designadas pelo Juízo competente.

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), 08 de agosto de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 380.247 - RS (2016/0311747-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : SERGIO FRITZ ROSA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de SERGIO FRITZ ROSA contra acórdão proferido pela Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que negou provimento à Apelação n. 70061578431, redimensionando a pena para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, c/c com o art. 40, inciso III, ambos da Lei n. 11.343/06.

Noticia o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, porquanto defende que condenação com trânsito em julgado posterior ao crime em comento não seria fundamento idôneo para obstaculizar a incidência do redutor especial, previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

Defende a possibilidade de mitigação do regime inicial e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, haja vista as circunstâncias pessoais e o caso concreto.

Requer a concessão da ordem constitucional para reduzir a pena, substituindo-a por restritivas de direito e abrandar o regime prisional.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 380.247 - RS (2016/0311747-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da 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 PRÓPRIO. CRIMES DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO À RESIDÊNCIA. (1) DOSIMETRIA DA PENA. REPRIMENDA BÁSICA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AFIRMAÇÕES CONCRETAS RELATIVAS ÀS CIRCUNSTÂNCIAS E ÀS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. (2) COMPENSAÇÃO INTEGRAL DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. RECIDIVA ESPECÍFICA. (3) TERCEIRA FASE DO CÁLCULO. FRAÇÃO DE 3/8 APLICADA COM FUNDAMENTO NA GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME E NO NÚMERO DE MAJORANTES. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 443/STJ.

1. A jurisprudência desta Corte Superior, à luz da orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, exarada no julgamento do HC 109.956/PR, com o fito de conceder efetividade ao disposto no art. 102, II, "a", da Constituição da República, e nos arts. 30 a 32 da Lei n. 8.038/90, assentou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, com vistas a não se desvirtuar a finalidade desse remédio constitucional. No entanto, quando a ilegalidade apontada é flagrante, excepciona-se tal entendimento, justificando-se a atuação deste Superior Tribunal, caso em que se concede a ordem de ofício.

[...]

11. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para aplicar a fração mínima de aumento, na terceira fase da dosimetria da pena do crime de roubo circunstanciado, e assim reduzir a pena definitiva do paciente para 6 (seis) anos, 3 (três) meses e 16 (dezesseis) dias de reclusão, mais 16 (dezesseis) dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão impugnado.

(HC 366.444/SC, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 08/11/2016, DJe 22/11/2016)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 6 (seis) anos, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c com o art. 40, inciso III, ambos da Lei n. 11.343/06, porque:

"No dia 08 de fevereiro de 2013, por volta das 11h20min, no Presídio Estadual de Santa Rosa, sito na Rua Irmã Gilberta, n.º 265, o denunciado SÉRGIO FRITZ ROSA tinha em depósito e guardava aproximadamente 36,40g (trinta e seis gramas e quarenta decigramas), da substância entorpecente denominada Cannabis Sativa, vulgarmente conhecida como "maconha" (auto de apreensão de fl. 05 do Inquérito Policial), que causa dependência psíquica, de uso proscrito no Brasil, nos termos da Portaria n.º 344, de 12 de maio de 1998, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, atualizada pela Resolução n.º 21, de 17 de junho de 2010, da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, sem autorização e em desacordo com a determinação legal e regulamentar. Na oportunidade, o denunciado por ocasião da revista aos presos do PAC que ingressavam no Presídio local, se desfez da substância que trazia consigo, jogando-a no chão, em frente à porta de entrada, enquanto aguardava a revista no lado de fora." (e-STJ fls. 11/12)

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de origem, o qual lhe negou provimento, redimensionando, contudo, a pena para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e 500 (quinhentos) dias-multa, em regime inicial fechado.

No que se refere ao sustentado constrangimento ilegal decorrente da não aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, verifica-se que a Corte Estadual, assim justificou sua vedação, *verbis*:

"E, diante das particularidades do caso sub examine, não se mostra cabível o reconhecimento da minorante prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei Antidrogas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A benesse em comento, que autoriza ao julgador reduzir a pena na terceira fase da dosimetria, destina-se a hipóteses em que se constate ser o réu primário e de bons antecedentes, sem dedicação às atividades criminosas e sem envolvimento com organização criminosa'.

Com base no dispositivo supracitado, pretende a lei, por motivos de política criminal, distinguir o traficante eventual e não integrante de organização criminosa daquele profissional dedicado às atividades criminosas e integrante desse tipo de organização, buscando punir mais levemente o primeiro. Para tanto, faz-se necessário que o agente integre, em conjunto, os quatro requisitos especificados.

Ocorre que, conforme certidão de antecedentes obtida no Sistema Themis, observo que ostenta o réu uma condenação transitada em julgado posterior ao presente fato, pela prática de crime de mesma estirpe, que, embora não possa ser valorada como agravante da reincidência ou maus antecedentes, indica dedicação do réu à atividade criminosa, não sendo recomendado o benefício." (e-STJ fl. 207)

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.

No caso em apreço, nota-se que o Tribunal *a quo* deixou de aplicar a minorante com base em condenação por fato posterior ao crime ora em análise. Todavia, o fundamento não deve prevalecer.

Com efeito, nos termos do entendimento dessa Corte Superior, a conduta ilícita posterior ao fato em questão, ainda que definitiva, não tem o condão de agravar a situação penal do réu, acompanhando a orientação da Súmula 444/STJ, circunstância que, aliada à quantidade de droga apreendida, que não se revela exorbitante - 36,40 g de maconha (e-STJ fl. 111), não se mostra suficiente ao ponto de justificar a vedação total do benefício.

Imperioso, portanto, reconhecer o manifesto constrangimento ilegal neste ponto, em razão da ausência de fundamentação suficiente a legitimar a impossibilidade da redução da reprimenda.

Confira-se:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO ÀS PENAS DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, E 500 DIAS-MULTA. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CABIMENTO. NEGATIVA, PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, COM LASTRO APENAS EM CONDENAÇÃO POR FATO POSTERIOR. AFRONTA À SÚMULA N. 444 DESTA CORTE. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO QUE NÃO LEVAM À CONCLUSÃO DA DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES ILÍCITAS. RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO. NOCIVIDADE DA DROGA APREENDIDA. FRAÇÃO DE 1/6 APLICADA. PENA REDUZIDA. REGIME PRISIONAL FECHADO. NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO. PACIENTE PRIMÁRIO, COM CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS, CONDENADO À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUPERIOR A 4 E NÃO EXCEDENTE A 8 ANOS. REGIME INICIAL SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE.

COAÇÃO ILEGAL EVIDENCIADA. 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.

- Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

- Por outro lado, a quantidade, a nocividade e a variedade dos entorpecentes apreendidos são fundamentos idôneos a ensejar a escolha da fração redutora em caso de aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

- **A condenação por fato posterior, por não constituir maus antecedentes, nos termos da Súmula n. 444/STJ, não conduz à conclusão de que o paciente dedica-se às atividades criminosas, sendo inidôneo tal fundamento para, de forma isolada, sem o cotejo com as circunstâncias em que ocorreu o delito, obstar a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, ainda mais no caso em tela, em que não foi apreendida elevada quantidade de droga.**

- Reconhecido o tráfico privilegiado, a pena provisória deve ser reduzida na fração de 1/6, diante da nocividade da droga apreendida (cocaína), que aponta a gravidade concreta do delito. Precedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Mantida a condenação em patamar superior a 4 anos, resulta inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44, I, do CP.
- O STF, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.
- Por outro lado, nos termos da enunciado constante da Súmula n. 440/STJ, 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. Na mesma linha, as Súmulas n. 718 e n. 719 do STF.
- Considerando que a pena-base foi estabelecida no mínimo legal e tendo em vista a primariedade do acusado e o fato de a quantidade da droga apreendida não ter sido muito elevada, o regime inicial semiaberto, legalmente previsto para a pena de 4 anos e 2 meses de reclusão, é o que mais se amolda à hipótese em tela, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.
- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para redimensionar as penas do paciente para 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 416 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação. (HC 371.292/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 02/12/2016)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA NEGADA. FEITOS CRIMINAIS EM CURSO. CONDENAÇÃO DEFINITIVA POR FATO POSTERIOR AO DELITO EM EXAME. IMPOSSIBILIDADE. DEMAIS PLEITOS. ANÁLISE PREJUDICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. É inviável negar a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, 4º, da Lei n.º 11.343/2006 amparando-se na pendência de feitos criminais em curso, haja vista que é pacífica a jurisprudência deste Sodalício no sentido de que inquéritos policiais ou ações penais sem trânsito em julgado não podem ser considerados para se firmar um juízo negativo sobre antecedentes, conduta social e a personalidade, sob pena de se vulnerar a garantia da presunção de inocência. Do mesmo modo, não é possível valorar negativamente as referidas circunstâncias judiciais em razão da existência de condenação já transitada em julgado por delito perpetrado em momento posterior ao fato sub examine, porquanto devem ser valoradas com base na conduta do réu anteriormente ao ato descrito na denúncia.

2. Diante da possibilidade de alteração da dosimetria do paciente, resta prejudicada a análise dos pleitos de estabelecimento de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime inicial diverso do fechado e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, tendo em vista que a matéria será novamente analisada quando na nova fixação da reprimenda corporal.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de, afastados os óbices utilizados para negar a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 - a existência de feitos criminais em curso e de condenação definitiva por fato posterior ao crime em tela -, determinar ao Tribunal de origem que proceda à nova análise acerca da possibilidade de aplicação do aludido redutor, examinando ainda a possibilidade de substituição da pena privativa por restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, e de fixação de regime inicial de cumprimento da pena diverso do fechado, à luz do art. 33 e parágrafos do Código Penal.

(HC 338.378/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 11/12/2015)

Dessa forma, levando-se em conta o pequeno volume de droga apreendida e ainda a favorabilidade das circunstâncias judiciais, mostra-se adequada a aplicação da fração de 2/3 (dois terços), nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça.

A propósito:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO.

TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART.

33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. NATUREZA DA DROGA. QUANTIDADE ÍNFIMA (1,1 G). APLICAÇÃO DO REDUTOR NO MÍNIMO LEGAL. DESPROPORCIONALIDADE. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIA DO DELITO DESFAVORÁVEL. MODO SEMIABERTO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena diminuída, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organização criminosa.

3. Não há bis in idem nas decisões impugnadas, quando, no cálculo da pena, foram considerados argumentos distintos para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

majorar a pena-base (o envolvimento de inúmeros adolescentes) e para definir o índice de redução, pela causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas (a natureza da droga).

4. É manifestamente desproporcional a redução da pena no mínimo legal (1/6), pela incidência da minorante em questão, com fulcro, apenas, na natureza do entorpecente (cocaína), diante da ínfima quantia da substância apreendida (1,1 g), aliada ao fato de que a paciente é primária e não há prova de que se dedica ao tráfico de entorpecentes ou integre organização criminosa. Aplicação do índice de diminuição em 2/3. Precedente.

5. Fixada a sanção corporal em patamar inferior a quatro anos de reclusão e sendo desfavoráveis as circunstâncias do delito, que justificaram o aumento da pena-base, revela-se correta a imposição do regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n.

11.343/2006, no grau máximo, redimensionando a pena da paciente para 1 anos e 10 meses de reclusão mais 166 dias-multa. (HC 372.496/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 07/12/2016)

Passando-se a dosimetria, tem-se que a pena-base foi fixada em 5 (cinco) anos de reclusão, e multa, a qual se mantém inalterada na segunda fase, em face da inexistência de atenuantes e agravantes.

Na terceira fase, com a incidência da causa especial de diminuição da pena na fração de 2/3 (dois terços), com um aumento em 1/6 (um sexto) em razão da majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei 11.343/06, a reprimenda resta definitiva em **2 (dois) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.**

Redimensionada a reprimenda final e, tendo em vista a favorabilidade das circunstâncias judiciais e a fixação da pena-base no mínimo legal, imperiosa a mitigação do regime inicial para o aberto, em conformidade com o art. 33, § 3º, alínea c, do CP.

Nesse diapasão:

HABEAS CORPUS. ARTIGOS 180, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL E 16, PARÁGRAFO ÚNICO, IV, DA LEI N. 10.826/2003. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. CRIME



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO: DOSIMETRIA. PENA-BASE. ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PERSONALIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME INICIAL FECHADO. PENA IGUAL A 4 ANOS. DIREITO AO REGIME MENOS GRAVOSO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS.

POSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

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

2. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de habeas corpus. Na espécie, no tocante ao crime de posse ilegal de arma de fogo, as instâncias de origem não apresentaram justificativa idônea para consideração desfavorável da personalidade do paciente, sendo de rigor a redução da pena-base ao mínimo legal.

3. Nos termos do artigo 33, § 2º, c, do Código Penal, cabível a fixação do regime inicial aberto, tendo em vista o quantum de pena definitiva (4 anos de reclusão), as circunstâncias judiciais favoráveis, bem como a primariedade do paciente.

4. É viável a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, eis que preenchidos os requisitos autorizadores do art. 44 do Código Penal, não havendo outro óbice para providência.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir as penas do paciente para 4 (quatro) anos de reclusão, mais 20 (vinte) dias-multa, fixar o regime inicial aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo da execução.

(HC 378.649/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 10/02/2017)

Em relação à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, vê-se que, diante da alteração do modo inicial de execução da pena para o aberto e tendo em vista a pena total aplicada, deve a ordem ser concedida para determinar a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem designadas pelo Juízo criminal competente, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Nesse diapasão:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. REGIME PRISIONAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DIREITOS COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA FIXAR O REGIME ABERTO E PERMITIR A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. 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.

3. No que tange à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ao analisar o HC n. 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir tal possibilidade, nos termos do art. 44 do Código Penal, reconhecendo a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, por meio da Resolução n. 5/2012.

4. Hipótese em que a sentença referiu-se à natureza hedionda do tráfico de drogas e à sua gravidade abstrata para fixar o regime inicial fechado e negar a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

5. No caso, considerando a pena de 1 ano e 8 meses de reclusão e a análise favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal, deve ser fixado, nos termos do art. 33, § 2º, c, e § 3º, do Código Penal, o regime inicial aberto para cumprimento da pena.

6. Do mesmo modo, havendo a paciente preenchido os requisitos do art. 44 do Código Penal, deve a pena corporal ser substituída por penas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais, ainda mais porque o Tribunal de origem, no julgamento do apelo defensivo, não trouxe fundamentação idônea para a negativa do benefício.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais.

(HC 327.985/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 19/10/2015)

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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do CPP, a fim de redimensionar a reprimenda para 2 (dois) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem designadas pelo Juízo competente.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0311747-0

HC 380.247 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00098940320138210028 02821300034711 03504065420148217000 2821300034711
3504065420148217000 70061578431 98940320138210028

EM MESA

JULGADO: 08/08/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS	: RAFAEL RAPHAELLI - RS032676 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE	: SERGIO FRITZ ROSA

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