



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 512.651 - SP (2019/0153365-6)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PAULO RICARDO DE DIVITIIS FILHO - SP324056
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : REGINALDO APARECIDO GONCALVES MENDES JUNIOR

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS. VALORAÇÃO NEGATIVA. CRITÉRIO SUFICIENTE PARA O ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO E PARA NEGAR A SUBSTITUIÇÃO. PACIENTE PRIMÁRIO, CONDENADO A PENA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. QUANTIDADE DE ENTORPECENTES QUE NÃO JUSTIFICA O REGIME EXCESSIVAMENTE MAIS GRAVOSO. ADEQUAÇÃO PARA O REGIME INTERMEDIÁRIO. *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. Desde o julgamento do HC n. 111.840/ES, pelo Supremo Tribunal Federal, inexistente a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, sendo imperativo, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59 do Código Penal.

3. A partir do julgamento do HC 97.256/RS pelo STF, declarando incidentalmente a parcial inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, o benefício da substituição da pena passou a ser concedido aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Código Penal.

4. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar a Petição n. 11.796/DF, adotou o posicionamento do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal (HC n. 118.533/MS, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, DJe 19/9/2016) para assentar que *o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo, com o consequente cancelamento do enunciado 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.*

5. A valoração negativa da quantidade e natureza dos entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso, bem como para obstar a respectiva substituição por penas restritivas de direitos. Precedentes.

6. No caso, a natureza e a quantidade dos entorpecentes apreendidos, sopesados na terceira fase da dosimetria, constitui fundamento idôneo para a fixação do regime prisional mais gravoso e para negar a substituição por restritivas de direitos. Entretanto, tais circunstâncias apenas justificam o regime intermediário, tendo em vista que o paciente é primário e a condenação não excede 4 anos de reclusão.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, confirmando a liminar anteriormente deferida, 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de dezembro de 2019(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 512.651 - SP (2019/0153365-6)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PAULO RICARDO DE DIVITIIS FILHO - SP324056
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : REGINALDO APARECIDO GONÇALVES MENDES JUNIOR

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de REGINALDO APARECIDO GONÇALVES MENDES JUNIOR contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0000020-98.2014.8.26.0616).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 3 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, incidente a minorante prevista no § 4º do mesmo artigo (e-STJ fls. 22/35).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi improvido (e-STJ fls. 42/58), em acórdão assim ementado:

SENTENÇA CONDENATÓRIA DOS RÉUS PELO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006) - APELOS DEFENSIVOS BUSCANDO A ABSOLVIÇÃO COM ARRIMO EM ALEGADA INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA, DEDUZINDO-SE PEDIDOS SUBSIDIÁRIOS DE REDUÇÃO DAS REPRIMENDAS, POSTO QUE FIXADAS DE FORMA EXACERBADAS, APLICANDO-SE O REDUTOR PREVISTO NO § 4º, DO ARTIGO 33, DA LEI N. 11.343/06, EM SEU GRAU MÁXIMO, A FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL ABERTO, A SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL, A APLICAÇÃO DA DETRAÇÃO PENAL E A DECLARAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA PENA DE MULTA IMPOSTA. DESCABIMENTO - MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS BEM DEMONSTRADAS ~ PALAVRAS DOS AGENTES DA LEI QUE MERECEM PRIMAZIA NA FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO, INCONSISTENTE A NEGATIVA DE AUTORIA - CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME, MODO COMO OS ENTORPECENTES ESTAVAM EMBALADOS E GRANDE QUANTIDADE E DIVERSIDADE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

APREENDIDA, ALÉM DA NATUREZA ESPECIALMENTE NOCIVA (COCAÍNA E CRACK), COMPATÍVEIS COM O TRÁFICO DE DROGAS - APLICAÇÃO DO REDUTOR, AINDA MAIS EM SEU GRAU MÁXIMO, INCOMPATÍVEL NO CASO EM ANÁLISE - DEMONSTRAÇÃO DE QUE O RÉU TIAGO SE DEDICAVA ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS DO NARCOTRÁFICO - QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES QUE OBSTAM O REDUTOR NO GRAU MÁXIMO (2/3) - CONDENAÇÕES MANTIDAS EM FACE DO ACERVO DA PROVA - DOSAGEM DAS PENAS CORRETA, OBSERVADO O REGRAMENTO APLICÁVEL - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 42, DA LEI N. 11.343/06, NÃO SE VISLUMBRANDO EXACERBAÇÃO ILEGAL OU DESMOTIVADA - ESTIPULAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO QUE SE AFIGURA CORRETA, NÃO SENDO RECOMENDÁVEL A SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS - PRECEDENTES DA JURISPRUDÊNCIA - DETRAÇÃO PENAL - COMPETÊNCIA DO JUIZ DAS EXECUÇÕES PENAIS ~ INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 66, DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL - CONSTITUCIONALIDADE DA PENA DE MULTA - CONDENAÇÕES MANTIDAS - RECURSOS DESPROVIDOS.

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 3/11), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois manteve o regime inicial fechado e a negativa de substituição da pena com base na hediondez e gravidade abstrata do delito. Afirma que o paciente é primário, a pena-base foi fixada no mínimo legal e a condenação não é superior a 4 anos, razão pela qual faz jus ao regime aberto e à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ao final, formula pedido liminar para que o paciente aguarde em liberdade o julgamento deste *writ* 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 restritiva de direitos.

O pedido liminar foi deferido, em parte, *para assegurar ao paciente o direito de aguardar, no regime semiaberto, o julgamento do presente habeas corpus, salvo se por outro motivo estiver preso ou cumprindo pena em regime mais gravoso* (e-STJ fls. 79/82).

As informações foram prestadas às e-STJ fls. 94/120.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls. 124/129, opinou pelo não conhecimento do *writ* e, caso conhecido, pela denegação da ordem, conforme a seguinte ementa:

Processual Penal. Penal. HC substitutivo de recurso próprio. Apelação criminal. Tráfico de drogas. Autoria e materialidade. Comprovadas. Desclassificação. Impossibilidade. Alteração da fração da redução da pena em razão da minorante do Art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Impossibilidade. Precedente STJ.

2. Parecer do MPF pelo não conhecimento e denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 512.651 - SP (2019/0153365-6)

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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, em síntese, o reconhecimento de constrangimento ilegal na manutenção do regime inicial fechado e negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Como é cediço, em se tratando de tráfico de entorpecentes, desde o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n. 111.840/ES, inexistente a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, sendo imperativo, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59 do Código Penal.

Outrossim, a Corte Suprema, em 1º/9/2010, no julgamento do HC n. 97.256/RS, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, na parte relativa à proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes.

Esse entendimento também é adotado por ambas as Turmas da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, conforme segue:

CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (LEI N. 11.343/2006, ART. 33). APREENSÃO DE 4,37G DE COCAÍNA E 2,54G DE CRACK. PENA FIXADA EM 1 (UM) ANO E 8 (OITO) MESES DE RECLUSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DE IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO (STF, HC N. 111.840). ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

02. Para o Supremo Tribunal Federal, "se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado" (HC n. 111.840/ES, Rel. Ministro Dias Toffoli). À luz dessas premissas, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (HC n. 97.256/RS, Rel. Ministro Ayres Brito) e do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (HC n. 111.840/ES, Rel. Ministro Dias Toffoli).

Consequentemente, se satisfeitos os pressupostos legais, aos réus condenados por crime de tráfico de drogas não podem ser negados o regime prisional aberto ou semiaberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (HC n. 306.980/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 18/11/2014; HC 297.688/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 11/11/2014).

03. No crime de tráfico de drogas, sendo o réu primário e a pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

privativa de liberdade aplicada inferior a 4 (quatro) anos, pode cumpri-la em regime aberto ou tê-la substituída por restritiva de direito, desde que as circunstâncias judiciais lhe sejam favoráveis e insignificante a quantidade de drogas apreendidas [4,34g de cocaína e 2,4g de crack] (Lei n. 11.343/2006, art. 42; STJ, AgRg no AREsp 202.564/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 10/02/2015; AgRg no REsp 1.462.967/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 05/02/2015; HC 294.400/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 28/04/2015; AgRg no AREsp 601.000/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 25/11/2014).

04. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para: a) estabelecer o regime aberto para cumprimento inicial da pena; b) substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, observadas as condições que deverão ser estabelecidas pelo Juízo da execução. (HC 321.664/SP, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO, Quinta Turma, DJe 3/8/2015).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, INCISO VI, DA LEI N.º 11.343/06. AFASTAMENTO. ASPECTOS OBJETIVOS. CONSIDERAÇÕES OUTRAS. INCURSÃO NA SEARA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

3. 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 bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

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 alcançado 5 anos e 10 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

6. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 322.546/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 3/8/2015).

Ressalta-se, ademais, que a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar a Petição n. 11.796/DF, adotou o posicionamento do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal (HC n. 118.533/MS, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, DJe 19/9/2016) para assentar que o *tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada* (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo, com o consequente cancelamento do enunciado 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça. Segue a respectiva ementa:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS NA SUA FORMA PRIVILEGIADA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. CRIME NÃO EQUIPARADO A HEDIONDO. ENTENDIMENTO RECENTE DO PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO JULGAMENTO DO HC 118.533/MS. REVISÃO DO TEMA ANALISADO PELA TERCEIRA SEÇÃO SOB O RITO DOS REPETITIVOS. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA Nº 1.329.088/RS. CANCELAMENTO DO ENUNCIADO Nº 512 DA SÚMULA DO STJ.

1. O Supremo Tribunal Federal, no recente julgamento do HC 118.533/MS, firmou entendimento de que apenas as modalidades de tráfico ilícito de drogas definidas no art. 33, caput e § 1º, da Lei nº 11.343/2006 seriam equiparadas aos crimes hediondos, enquanto referido delito na modalidade privilegiada apresentaria "contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa." (Rel. Min. Cármem Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016).

2. É sabido que os julgamentos proferidos pelo Excelso Pretório em Habeas Corpus, ainda que por seu Órgão Pleno, não têm efeito vinculante nem eficácia erga omnes. No entanto, a fim de observar os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, bem como de evitar a proliferação de decisões contraditórias nas instâncias ordinárias e também no âmbito deste Tribunal Superior de Justiça, é necessária a revisão do tema analisado por este Sodalício sob o rito dos recursos repetitivos (Recurso Especial Representativo da Controvérsia nº 1.329.088/RS - Tema 600).

3. Acolhimento da tese segundo a qual o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo, com o consequente cancelamento do enunciado 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça (Pet



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.796/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 29/11/2016).

No caso, seguem os fundamentos utilizados pelo Juízo sentenciante para estabelecer o regime inicial fechado e negar a substituição da pena (e-STJ fls. 29/30):

Não há falar, ainda, em substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, na medida em que o acusado não preenche os pressupostos legais do artigo 44, do Código Penal, tomando-se por base os requisitos ali preconizados (culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do condenado).

Nesta oportunidade é importante salientar que o acusado abdicou de sua vida pessoal e familiar (trabalho e estudos) para iniciar a venda de drogas nesta cidade, atividade esta certamente lucrativa, desprezando qualquer possibilidade de colocação profissional lícita no mercado de trabalho.

O réu parou de estudar na 8ª série e jamais demonstrou ter exercido atividade laborativa lícita regular devidamente registrado, preferindo aderir à lucrativa atividade de venda de drogas, nos termos acima expostos, certamente auferindo elevado lucro diário, tomando-se por base a elevada quantidade de droga apreendida pela polícia.

Se isso não bastasse, as circunstâncias que envolveram a prisão em flagrante do réu indica uma maior gravidade na atividade ilegal desenvolvida por ele naquele local.

Ao que tudo indica o réu fez do tráfico de drogas o seu meio de vida.

O réu não preenche, portanto, os requisitos estabelecidos pelo artigo 44, III, do Código Penal para fazer jus ao benefício.

De resto, o réu cumprirá a pena fixada em regime inicial fechado, único compatível com o crime cometido, equiparado a hediondo, e com a gravidade da conduta relatada na inicial acusatória, reiterando este Magistrado na íntegra o que foi acima discorrido sobre o delito, salientando, ainda, que o tráfico de drogas vem sufocando a população do Alto Tietê e deve ser punido com rigor pelo Poder Judiciário.

O Tribunal *a quo* manteve os parâmetros estabelecidos na sentença, conforme segue (e-STJ fls. 53/55):

O regime inicial de cumprimento escolhido foi o mais gravoso - fechado, único compatível com os princípios da necessidade e da suficiência (CP, arts. 33 e 59).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*E nos casos de tráfico, em face do bem jurídico protegido e anotando-se o disposto no artigo 42 da Lei nº 11.343/06, quanto maior a capacidade de viciar da droga, em abstrato, maior a reprovabilidade, de forma que o regime fechado é o único que se mostra suficiente para atingir a função preventiva específica da pena, que é inibir a prática de novas ações delituosas, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal (Apelação nº 0070508-98.2012.8.26.0050, rel. Lauro Mens de Mello, j. em 18.12.2014). Ora, **no caso foram apreendidas drogas diversas, como maconha, cocaína e crack, esta última de maior efeito viciante e estupefaciente, então se afigura oportuna a lembrança de que apesar da primariedade e da reprimenda final inferior a 8 anos de reclusão, o regime mais rigoroso é o adequado para prevenção e reprovação do delito diante da quantidade, da natureza e da variedade dos entorpecentes**, havendo decisões nesse sentido (Apel. nº 0011182-20.2014.8.26.0510, rei. Francisco Bruno, j. em 10.3.2016), inclusive no e. Superior Tribunal de Justiça (HC nº 390.571/SP, rei. Min. Ribeiro Dantas, j. em 27.6.2017).*

Também se afigura descabido falar em substituição da pena corporal por restritivas de direitos, porque não recomendável e porque os requisitos legais (art. 44 do CP) não se vêem como satisfeitos, pese o reconhecimento, pela Corte Suprema, de maneira incidental, da inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", contida no parágrafo 4º do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006 (HC nº 97.256/RS, rei. Min. Ayres Britto, j. em 1.9.2010).

Assim porque se cuida de crime de natureza grave, de acentuada reprovabilidade e cujas circunstâncias e conseqüências impedem a substituição, sob o risco de a retribuição estatal ao ilícito tornar-se inócua. Em outras palavras, nem seria razoável que o condenado por delito equiparado a hediondo (art. 5º, XLIII da CF) venha a receber tratamento similar àquele agente que perpetra um delito de menor potencial ofensivo, como já se decidiu neste Tribunal de Justiça (Apel. nº 044635-62.2013.8.26.0050, rei. Souza Nery, j. em 5.6.2014), e também no e. Superior Tribunal de Justiça (AgReg no AgREsp nº 413137/PR, rei. Minª Laurita Vaz, j. em 3.6.2014).

Assim, embora as instâncias ordinárias tenham feito referência à gravidade abstrata do delito para manter o regime prisional mais gravoso e negar a substituição da pena, também basearam-se nas circunstâncias específicas do delito, quais sejam, a quantidade, natureza e a diversidade dos entorpecentes apreendidos, sopesadas na terceira fase da dosimetria (91,7g de maconha, 170,7g de cocaína e 55,1g de crack).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No ponto, importa considerar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a valoração negativa da quantidade e natureza dos entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação de regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso, bem como para obstar a respectiva substituição por restritiva de direitos.

Por outro lado, verifico que a quantidade e a natureza das drogas supra destacadas não são suficientes para, de forma isolada, ensejar o estabelecimento do regime inicial fechado, excessivamente mais gravoso, considerando que o paciente é primário e a condenação não excede 4 anos de reclusão.

Assim, embora o paciente não faça jus ao regime aberto e à substituição da pena, revela-se cabível o estabelecimento do regime intermediário, na esteira do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Em hipóteses análogas à presente, decidiu esta Corte:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 33, § 2º, § 3º E 44, AMBOS DO CP E 2º DA LEI Nº 8.072/1990. I) RAZÕES RECURSAIS DISSOCIADAS DOS ELEMENTOS CONSTANTES NA SENTENÇA E NO ACÓRDÃO. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. II) PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. REGIME SEMIABERTO E NÃO SUBSTITUIÇÃO DA PENA. NATUREZA E QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO QUE JUSTIFICAM AS MEDIDAS. ACÓRDÃO RECORRIDO DE ACORDO COM O ENTENDIMENTO DO STJ. SÚMULA 568/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

[...]

2. Esta Corte Superior de Justiça tem entendido que "a quantidade e a natureza da droga são motivos idôneos para o indeferimento do regime prisional mais brando e da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos"(AgRg no AREsp 390.914/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, Julgado em 17/10/2013, DJe 23/10/2013).

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 1.122.951/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 18/9/2017)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE DA DROGA UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. ELEMENTOS INIDÔNEOS. PENA IGUAL A QUATRO ANOS. RÉ PRIMÁRIA. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO. DETRAÇÃO. TEMA NÃO DEBATIDO NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

5. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, também o art. 42 da Lei de Drogas.

6. Embora a paciente seja primária e sejam favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o modo semiaberto (previsto como o imediatamente mais grave, segundo o quantum da sanção aplicada) é o adequado e suficiente ao cumprimento da pena reclusiva de 4 anos, tendo em vista a quantidade do entorpecente apreendido, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 59, ambos do CP, c.c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

7. A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não se mostra suficiente, pela falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP), uma vez que desfavoráveis as circunstâncias do delito. Precedentes.

[...]

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto.

(HC 390.603/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 14/8/2017)

Ante o exposto, **não conheço** do habeas corpus. Contudo, **concedo a ordem**, de ofício, para, confirmando a liminar anteriormente deferida, fixar o regime inicial semiaberto.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0153365-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 512.651 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00000209820148260616 152015 209820148260616

EM MESA

JULGADO: 05/12/2019

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO PAULO RICARDO DE DIVITIIS FILHO - SP324056
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	REGINALDO APARECIDO GONCALVES MENDES JUNIOR
CORRÉU	:	TIAGO DOS SANTOS

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, Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.