



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 374.437 - SP (2016/0267488-1)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO GIRADE PARISE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FERNANDA CORREA DE OLIVEIRA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE CONDENADA À PENA CORPORAL DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. NÃO APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. ACUSADA PRESA COM PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO QUE NÃO LEVAM À CONCLUSÃO DA DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES ILÍCITAS. RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO. NOCIVIDADE DE UMA DAS DROGAS APREENDIDAS. FRAÇÃO DE 1/3 APLICADA. PENA REDUZIDA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A 4 ANOS. NOCIVIDADE QUE POSSIBILITA A FIXAÇÃO DO REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE NÃO RECOMENDAM O BENEFÍCIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o *quantum* da redução retromencionada, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.
- No caso, sendo a paciente primária e tendo em vista a pequena quantidade das drogas apreendidas, não há elementos concretos a indicar, juntamente com as circunstâncias em que ocorreu o delito, que integre organização criminosa ou dedique-se às atividades ilícitas. Precedentes.
- Reconhecido o tráfico privilegiado, a pena provisória deve ser reduzida na fração de 1/3, diante da nocividade de uma das drogas apreendidas (*crack*), que aponta a gravidade concreta do delito. Precedentes.
- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 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 n. 440/STJ e 718 e 719 do STF.
- Na espécie, consigne-se que, embora a paciente seja primária e a pena de 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão comporte, em princípio, o regime aberto, o regime intermediário, qual seja, o semiaberto, é o que mais se amolda ao caso concreto, ante a nocividade de uma das drogas apreendidas – *crack* –, elemento que, inclusive, justificou a escolha da fração redutora de 1/3 pelo tráfico privilegiado. Precedentes.
- 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.
- Ainda que o *quantum* de pena fixado seja inferior a 4 anos, a nocividade do entorpecente apreendido não recomenda a substituição



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. Precedentes.

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, redimensionando-se as penas da paciente para 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 388 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 16 de fevereiro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 374.437 - SP (2016/0267488-1)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO GIRADE PARISE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FERNANDA CORREA DE OLIVEIRA

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo do recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de FERNANDA CORREA DE OLIVEIRA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0069159-55.2015.8.26.0050).

Consta dos autos que a paciente foi condenada, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 6 anos e 8 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 majorante prevista no art. 40, inciso VI, do mesmo estatuto (fls. 12/20).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi parcialmente provido para reduzir a fração de aumento na terceira fase da dosimetria, razão pela qual a pena da paciente foi redimensionada para 5 anos e 10 meses de reclusão e multa, mantido o regime inicial fechado (fls. 21/31). Segue a ementa do acórdão:

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - Recurso defensivo - Pretendida absolvição - Impossibilidade - Materialidade delitiva e autoria sobejamente demonstradas nos autos - Quantidade de entorpecentes e circunstâncias da apreensão que evidenciam a destinação à mercancia - Validade dos depoimentos dos policiais - Pequenas inconsistências que não têm o condão de invalidar os relatos testemunhais, sobretudo quando essencialmente convergentes com os demais elementos de prova - Condenação bem decretada - Impossibilidade de aplicação do redutor inculcado no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas - Circunstâncias que denotam dedicação da ré às atividades criminosas - Descabido o afastamento da causa de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei de Drogas - Majorante de caráter objetivo, bastando que o delito seja praticado com a participação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de adolescente, que restou suficientemente comprovada - Redução da fração de aumento adotada pela presença da majorante - Necessidade - Ausência de justificativa para recrudesimento maior que o mínimo - Regime fechado único adequado à espécie - Substituição da pena corpórea por restritivas de direitos incompatível com o quantum aplicado - Inteligência do art. 44, I, do CP - Aplicação do art. 387, § 2º, do CPP - Inviabilidade - Detração que é matéria afeita ao juízo da execução, o qual possui maiores informações acerca do efetivo tempo que os sentenciados permaneceram reclusos - Recurso parcialmente provido.

No presente *mandamus* (fls. 1/10), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal à paciente, pois manteve a sentença no ponto em que não aplicou o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, embora preenchidos os requisitos legais para a sua incidência. Afirma que a quantidade de entorpecentes não justifica a negativa de incidência do benefício. Além disso, aduz que o regime prisional foi estabelecido com base na hediondez e gravidade abstrata do delito, fundamentos que reputa inidôneos. Dessa forma, sendo a paciente primária, com circunstâncias judiciais favoráveis, condenada a pena não superior a 8 anos de reclusão, faz *jus* ao regime semiaberto. Por fim, em consequência do pleiteado redimensionamento da pena, defende ser cabível a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Ao final, formula pedido liminar para que a paciente aguarde no regime semiaberto o julgamento deste *writ* e, no mérito, pede a concessão da ordem para que seja reconhecida a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, redimensionando-se a pena da paciente, além da fixação de regime prisional mais brando e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Pedido liminar deferido (fls. 34/38).

Informações prestadas às fls. 53/68 e 69/71.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela denegação da ordem, caso conhecida (fls. 75/81).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 374.437 - SP (2016/0267488-1)

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.

Cumpre 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, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Quarta Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta 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 da paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Como já consignado no relatório, busca a defesa a aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, por entender que a paciente atende aos requisitos legais, bem como a fixação de regime inicial mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

No caso, o Juízo *a quo* aplicou a pena-base no mínimo legal, em 5 anos de reclusão. Na segunda fase, a pena permaneceu inalterada. Por fim, a pena foi aumentada em 1/3, ante a causa de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006, alcançando o patamar definitivo de 6 anos e 8 meses de reclusão. Na ocasião, não foi reconhecida a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 pelos seguintes fundamentos (fls.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

16/17):

Deixo de aplicar a causa de redução de pena preceituada no art.

33, §4º, da Lei de Tóxicos porque a quantidade de droga apreendida - 58 porções de cocaína e 05 porções de Cannabis sativa L., vulgarmente conhecida como “maconha”- obsta o reconhecimento do redutor, não sendo suficiente para sua aplicação simples preenchimento dos requisitos objetivos do dispositivo legal. “Há, também, necessidade da fiel observância do que estabelece o artigo 42, da Lei nº 11.343/06, permitindo, por isso mesmo e por antítese ao aludido dispositivo, até mesmo a negativa da redução.” (TJSP, 14ª Câmara da Seção Criminal, Apelação Criminal nº 0021791-35.2010.8.26.0176, Relator Desembargador Marco de Lorensi, J. 11/11/2011, negaram provimento, v.u).

Ainda, há o entendimento jurisprudencial, em brilhante voto de lavra do Exmo. Desembargador do TJSP, Luis Soares de Mello, no sentido de que a aplicação do redutor é facultativa, consoante a letra da Lei, e deve ser analisada a cada feito: “Na terceira fase de aplicação da reprimenda, deixou-se, de forma acertada, de aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei Antidrogas. Isto porque, nada obstante tenha a novel legislação anti-drogas (Lei nº 11.343, 23.ago.2006) criado aparente situação mais favorável aos traficantes primários (art. 33, § 4º), não é o caso de aqui considerá-la mais benéfica e em favor do acusado (“lex mitior”), porque meramente facultativa a situação (“...as penas poderão ser reduzidas...” g.do a.), o que desabilita sua aplicabilidade para o caso concreto, muito mais aqui, evidentemente, face à considerável quantidade, diversidade e poder vulnerante dos poderosos entorpecentes encontrados em poder do acusado, além das circunstâncias da prisão daquele, possível apenas diante do recebimento da denúncia anônima, o que demonstra que o réu já vinha praticando a atividade ilícita há algum tempo. O que denota habitualidade constante e reiterada, a demonstrar que o réu não pode ser tratado igualmente a outros.” (TJSP, 4ª Câmara de Direito Criminal, Apelação nº 0005862-19.2013.8.26.0091, Mogi das Cruzes, negaram provimento, v.u., j.

25/08/2015).

No caso dos autos, a quantidade e a variedade de drogas demonstram claramente que a acusada se dedica às atividades criminosas.

O Tribunal de origem, ao julgar o apelo defensivo, reduziu a fração de aumento na terceira fase da dosimetria, razão pela qual a pena da paciente foi redimensionada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para 5 anos e 10 meses de reclusão, mas manteve a não incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, tendo o voto condutor destacado que (fls. 29/30):

Fixou-se a básica no piso, tendo sido corretamente afastada a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, pois as circunstâncias da apreensão, em local que número elevado de usuários adquiria e utilizava entorpecentes, a grande quantidade de drogas, bem como a variedade e a forma que estavam embaladas, indicam que a ré, de fato, se dedicava às atividades criminosas.

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.

Contudo, na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o *quantum* da redução retromencionada, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. Nesta linha, conferir: AgInt no AREsp 875.951/ES, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2016, DJe 10/08/2016.

Na hipótese em comento, a quantidade das drogas apreendidas (*11 gramas de cocaína e 2,7 gramas de maconha*) não foi tão elevada a ponto de indicar, juntamente com as circunstâncias do delito, a dedicação da acusada às atividades ilícitas, de modo que a fundamentação utilizada pelas instâncias originárias não se sustenta para, no caso em tela, afastar a figura do tráfico privilegiado.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADA À PENA CORPORAL DE 5 ANOS DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. NÃO APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. ACUSADA PRESA COM PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO QUE NÃO LEVAM À CONCLUSÃO DA DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES ILÍCITAS. RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO. NOCIVIDADE DA DROGA. FRAÇÃO DE 1/3 APLICADA. PENA REDUZIDA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A 4 ANOS. NOCIVIDADE QUE POSSIBILITA A FIXAÇÃO DO REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE NÃO RECOMENDAM O BENEFÍCIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

- 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.

- No caso, sendo a paciente primária e tendo em vista a pequena quantidade da droga apreendida, qual seja, 23,7 gramas de crack, não há elementos concretos a indicar, juntamente com as circunstâncias em que ocorreu o delito, que integre organização criminosa ou dedique-se às atividades ilícitas.

(...)

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, redimensionando-se as penas da paciente para 3 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 333 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação. (HC 369.470/SP, deste Relator, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 02/12/2016) - grifei.

Portanto, reconhecido o privilégio, a pena provisória deve ser reduzida na fração de 1/3, uma vez que, embora a quantidade total das drogas não tenha sido muito elevada – 13,7 gramas –, a nocividade de uma delas – crack – enseja uma maior resposta estatal no momento da dosimetria da pena, ante a gravidade concreta do delito.

Nessa linha:

(...)

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO PELA INSTÂNCIA DE ORIGEM. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. 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. Em razão da natureza e da quantidade da droga apreendida, torna-se inviável a incidência da causa de diminuição em seu patamar máximo, mostrando-se razoável e proporcional ao caso concreto a aplicação da benesse na fração de 1/3 (um terço).

(...)

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de reduzir a pena para 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e multa e alterar o regime inicial para o aberto. (HC 364.324/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 04/10/2016) - grifei.

Em decorrência, mantidos os critérios utilizados pelo Tribunal de origem na primeira e segunda fases da dosimetria, com penas provisórias fixadas em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, reduzo, agora, a sanção em 1/3, diante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, alcançando as penas provisórias o montante de 3 anos e 4 meses de reclusão e 333 dias-multa. Por fim, mantido o aumento de 1/6 decorrente do art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006, **redimensiono as penas definitivas da paciente para 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão e 388 dias-multa.**

Quanto ao regime prisional, sabe-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

O regime de cumprimento de pena mais gravoso até pode ser estabelecido, mas, para tanto, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 n. 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.

No caso, considerando o redimensionamento da pena corporal para 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, a primariedade da acusada e a análise favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal, mas, por outro lado, tendo em vista a nocividade de uma das drogas apreendidas, que, inclusive, fundamentou a fração de 1/3 aplicada na terceira etapa da dosimetria pelo tráfico privilegiado, entendo que deve ser fixado, nos termos do art. 33, § 2º, “b”, e § 3º, do Código Penal, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, o regime semiaberto para início de cumprimento da pena da paciente.

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, através da Resolução n. 5/2012.

Assim, a substituição da pena corporal por penas restritivas de direitos pode ser estabelecida para o delito de tráfico de entorpecentes, mas, para tanto, é necessário que o acusado preencha os requisitos legais elencados no art. 44 do Código Penal.

Na espécie, embora adimplido o requisito objetivo previsto no art. 44, I, do CP, a nocividade do entorpecente apreendido não recomenda a substituição, nos termos do inciso III do art. 44 do CP.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nessa linha, destaco:

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.

(...)

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

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*, mas **concedo a ordem de ofício**, para redimensionar as penas da paciente para 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 388 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0267488-1

HC 374.437 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00691595520158260050 20160000613481 691595520158260050

EM MESA

JULGADO: 16/02/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

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
ADVOGADO	: BRUNO GIRADE PARISE
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: FERNANDA CORREA DE OLIVEIRA

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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