



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 504.972 - SP (2019/0109406-2)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DEBORA REZENDE DANTAS MOTTA - SP311425
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SILVIO FERNANDES DE JESUS

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO PRIVILEGIADO. DOSIMETRIA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. FECHADO. DESCABIMENTO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MINORANTE NO GRAU MÁXIMO. REGIME **ABERTO**. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. **WRIT** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - O col. **Supremo Tribunal Federal**, por ocasião do julgamento do **HC** n. 111.840/ES (Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 17/12/2013), declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com redação dada pela Lei n. 11.464/07, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Seguindo tal orientação, firmou-se o entendimento nesta Corte segundo o qual o julgador deve observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, quando da fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, independente de o crime ser hediondo ou equiparado.

III - **In casu**, verifica-se que a pena-base foi fixada **no mínimo legal**, tendo ainda sido aplicada no **grau máximo** a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. As circunstâncias judiciais, portanto, foram todas consideradas favoráveis.

IV - Assim, sendo o paciente primário, fixada a pena-base no mínimo legal e consideradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o regime aberto mostra-se o adequado para o resgate da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, do Código Penal, bem como de acordo com o entendimento constante das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e n. 440 desta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Corte Superior.

V - O Supremo Tribunal Federal, ao analisar o HC n. 97.256/RS, reconhecendo a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, passou a admitir a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

VI - Na espécie, **a natureza, a quantidade e diversidade da droga apreendida** não recomendam a substituição da pena, nos termos do inciso III do art. 44 do Código Penal, não havendo, portanto, qualquer ilegalidade na negativa da benesse em tela. **Precedentes.**

Habeas corpus não conhecido. **Ordem de ofício**, a fim de, tão somente, fixar o regime **aberto** para resgate da reprimenda, mantido 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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de maio de 2019 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 504.972 - SP (2019/0109406-2)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DEBORA REZENDE DANTAS MOTTA - SP311425
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SILVIO FERNANDES DE JESUS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública estadual em favor de SILVIO FERNANDES DE JESUS, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da apelação criminal n. 0005510-05.2018.8.26.0635.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, **caput**, § 4º, da Lei n. 11.343/06 (fls. 10-20).

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, negou provimento ao apelo defensivo.

Daí o presente **writ**, no qual a impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal na fixação do regime fechado e no afastamento da substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja estabelecido o regime aberto e a substituída a pena corporal por restritiva de direitos.

Às fls. 44-46, a liminar foi **deferida, apenas, para fixar o regime inicial aberto**.

Informações prestadas às fls. 58-120 e 123-135.

O Ministério Público Federal, às fls. 137-138, manifestou-se pela denegação da ordem, em parecer assim ementado:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO PRIVILEGIADO DE ENTORPECENTES. MODIFICAÇÃO DE REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. MEDIDA NÃO RECOMENDADA EM RAZÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS DO DELITO E DA NATUREZA DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS.

PRECEDENTES. Pela denegação da ordem” (fl. 137).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 504.972 - SP (2019/0109406-2)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DEBORA REZENDE DANTAS MOTTA - SP311425
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SILVIO FERNANDES DE JESUS

EMENTA

PENAL. **HABEAS** **CORPUS**
SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO
CABIMENTO. TRÁFICO PRIVILEGIADO.
DOSIMETRIA. REGIME INICIAL DE
CUMPRIMENTO DA PENA. FECHADO.
DESCABIMENTO. PENA-BASE NO MÍNIMO
LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS
JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MINORANTE NO
GRAU MÁXIMO. REGIME **ABERTO**.
POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA
PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS
RESTRITIVAS DE DIREITOS. REQUISITOS
LEGAIS NÃO PREENCHIDOS.
CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO
EVIDENCIADO. **WRIT** NÃO CONHECIDO.
ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - O col. **Supremo Tribunal Federal**, por ocasião do julgamento do **HC** n. 111.840/ES (Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 17/12/2013), declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com redação dada pela Lei n. 11.464/07, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Seguindo tal orientação, firmou-se o entendimento nesta Corte segundo o qual o julgador deve observar o disposto no art. 33, §§ 2º e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3º, do Código Penal, quando da fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, independente de o crime ser hediondo ou equiparado.

III - **In casu**, verifica-se que a pena-base foi fixada **no mínimo legal**, tendo ainda sido aplicada no **grau máximo** a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. As circunstâncias judiciais, portanto, foram todas consideradas favoráveis.

IV - Assim, sendo o paciente primário, fixada a pena-base no mínimo legal e consideradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o regime aberto mostra-se o adequado para o resgate da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, do Código Penal, bem como de acordo com o entendimento constante das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e n. 440 desta Corte Superior.

V - O Supremo Tribunal Federal, ao analisar o HC n. 97.256/RS, reconhecendo a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, passou a admitir a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

VI - Na espécie, **a natureza, a quantidade e diversidade da droga apreendida** não recomendam a substituição da pena, nos termos do inciso III do art. 44 do Código Penal, não havendo, portanto, qualquer ilegalidade na negativa da benesse em tela. **Precedentes.**

Habeas corpus não conhecido. **Ordem de ofício**, a fim de, tão somente, fixar o regime **aberto** para resgate da reprimenda, mantido os demais termos da condenação.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Conforme relatado, busca-se na presente impetração a fixação do regime inicial aberto e a substituição da sanção corporal por penas restritivas de direito.

Transcrevo, a fim de delimitar a **quaestio**, os seguintes trechos do v. acórdão impugnado, que manteve a sentença condenatória:

"A natureza, a quantidade, a diversidade e a forma de acondicionamento do entorpecente - 10 porções de maconha, com peso de 20,8g, 42 invólucros plásticos de cocaína em pó, com peso de 23,7g, e 11 pedras de crack, com peso de 2,2g -, somadas à denúncia anônima que ensejou a diligência, à atitude suspeita do acusado, aos depoimentos dos policiais militares e às demais circunstâncias que ensejaram o flagrante, não deixam dúvidas a respeito da traficância.

Logo, inviável acolher-se a pretensão absolutória, ressaltando-se, ainda, que eventual condição de usuário não exclui a de traficante.

Passo à análise da reprimenda.

Na primeira fase, a pena-base foi fixada no mínimo legal, vale dizer, 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Na segunda fase, ausentes agravantes.

Na derradeira etapa, reputadas presentes as condições necessárias à incidência do redutor previsto no artigo 33 § 4º. da Lei n.º 11.343/06, a MMa. Juíza aplicou o benefício no coeficiente de 2/3, do que resultou a sanção definitiva de 1 ano e 8 meses de reclusão, e 166 dias-multa.

Imodificável o regime inicial mais gravoso, estabelecido para o início de cumprimento da reprimenda.

Com efeito, as circunstâncias concretas do fato em tela, de si, bastam a inviabilizar a imposição de regime menos severo e a substituição da pena privativa de liberdade: trata-se de tráfico de drogas altamente perniciosas (cocaína e crack), praticado em plena via pública, à luz do dia." (fls. 43-44, grifei).

No que tange ao regime inicial para os delitos de tráfico de entorpecentes, o col. **Supremo Tribunal Federal**, por ocasião do julgamento do HC n. 111.840/ES (Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 17/12/2013), declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com redação dada pela Lei n. 11.464/07, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

equiparados.

Seguindo tal orientação, firmou-se o entendimento nesta Corte segundo o qual o julgador deve observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, quando da fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, independente de o crime ser hediondo ou equiparado.

Além disso, segundo pacífica jurisprudência deste Tribunal, a hediondez do crime de tráfico de drogas não autoriza, por si só, a fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da pena. Nesse sentido os seguintes julgados:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. CABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE NESSE PONTO. LIMINAR CONFIRMADA.

1. O fundamento usado pelas instâncias ordinárias para fixar o regime inicial fechado - caráter hediondo do crime - não se mostra suficiente para impedir a não aplicação do regime mais brando, pois não subsiste a imposição automática do regime inicial fechado de cumprimento da pena aos crimes hediondos e equiparados, devendo o magistrado observar as regras previstas no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, e fundamentar concretamente a imposição do regime inicial mais rigoroso do que o correspondente à pena aplicada.

2. Embora a Suprema Corte também tenha firmado entendimento no sentido de ser possível a substituição da pena corporal pela restritiva de direitos àqueles que praticam crimes hediondos ou equiparados, desde que preenchidos os requisitos legais, a Corte originária afastou tal possibilidade por entender que a quantidade de droga apreendida impede a outorga desse tipo de benesse.

3. Ordem expedida tão somente para alterar o regime prisional para o semiaberto, confirmando-se a liminar" (HC n. 356.012/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 23/2/2017, grifei).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. ESCOLHA DA FRAÇÃO MÍNIMA. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. ILEGALIDADE. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). FUNDAMENTO INVÁLIDO. CONSTRANGIMENTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

[...]

3. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena diminuída, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organização criminosa.

4. Hipótese em que, embora o paciente seja primário, não possua maus antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa, o Tribunal de origem aplicou o redutor em seu patamar mínimo sem apresentar justificativa idônea para a escolha do quantum.

5. **Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, é manifestamente ilegal a imposição do regime prisional mais severo com base, exclusivamente, no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/06/2012).**

6. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena para 1 (um) ano, e 8 (oito) meses de reclusão, no regime aberto, acrescida do pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, substituindo a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser fixada pelo Juízo da execução" (HC n. 365.093/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 14/11/2016, grifei).

Ademais, importante consignar que o excelso Supremo Tribunal Federal, em r. decisão oriunda do Tribunal Pleno, no **Habeas Corpus** n. 118.533/MS, afastou o caráter hediondo dos delitos de tráfico ilícito de entorpecentes em que incida a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, **como ocorre no presente caso**. Trago à colação a ementa do mencionado julgado, **verbis**:

"HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO: INVIABILIDADE. HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA.

1. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos.

2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

manto do privilégio apresenta 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.

3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90 .

4. Ordem concedida" (HC n. 118.533/MS, **Tribunal Pleno**, Rel^a. Min^a. **Cármem Lúcia**, DJe de 19/9/2016, grifei).

Assim, o regime **aberto** será o adequado quando a pena fixada for igual ou inferior a 4 (quatro) anos, o réu for primário e não tiver analisadas em seu desfavor circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, consoante determina o art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Código Penal.

No presente caso, verifica-se que a pena-base foi fixada **no mínimo legal**, tendo ainda sido aplicada no **grau máximo** a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. As circunstâncias judiciais, portanto, **foram todas consideradas favoráveis**.

Sendo o paciente primário, fixada a pena-base no mínimo legal e consideradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o **regime aberto** mostra-se o adequado para o resgate da reprimenda, nos termos do **art. 33, § 2º, alínea c, do Código Penal**, bem como de acordo com o entendimento constante das **Súmulas n. 718 e n. 719** do Supremo Tribunal Federal e **n. 440** desta Corte Superior.

A propósito:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIAL. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ENUNCIADO N. 440 DA SÚMULA DO STJ E N. 718 E 719 DO STF. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. PACIENTE PRIMÁRIO, DE BONS ANTECEDENTES E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS BENÉFICAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO. CONCEDIDA A ORDEM DE OFÍCIO.

[...]

2. No tocante ao regime inicial de cumprimento de pena, é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

firme neste Tribunal Superior a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. Nesse sentido, foram elaborados os enunciados n. 440 da Súmula desta Corte que prevê: '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'. No mesmo sentido, são os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam: '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'.

O exame dos autos revela que, após fixar a pena-base no mínimo legal, por considerar favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o regime fechado foi fixado sem fundamentação idônea, baseado apenas na pequena quantidade de droga apreendida (9,1 gramas de cocaína) e na hediondez do delito.

Dessarte, consoante orientação jurisprudencial desta Corte Superior, a mera referência genérica, pela instância ordinária, à lesividade da droga e à gravidade abstrata do delito de tráfico não constitui motivação suficiente, por si só, para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso.

Ademais, o óbice à fixação de regime diverso do fechado, apontado pelo Tribunal a quo em relação aos crimes hediondos e equiparados, foi superado pelo Supremo Tribunal Federal, que declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007.

Nessa toada, reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade do réu, a quem foi imposta reprimenda definitiva inferior a 4 anos de reclusão, cabível a imposição do regime aberto para iniciar o cumprimento da sanção corporal, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

3. De outro lado, entendo também que a decisão do Tribunal de origem merece reparo quanto ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito. Observo que, conforme bem observado pelo juiz sentenciante, o paciente preenche os requisitos previstos no art. 44 do CP, na medida em que é primário, de bons antecedentes, e as circunstâncias judiciais o favorecem.

*- Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer a decisão de primeiro grau" (HC n. 381.391/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik**, DJe de 27/3/2017, grifei).*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No que concerne à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas 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.

Esta Corte Superior de Justiça tem decidido, por outro lado, que **a quantidade da droga apreendida** pode, associadas aos demais elementos constantes do processo, interferir na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Na hipótese em análise, a natureza, a quantidade e diversidade da droga apreendida (10 porções de maconha, com peso de 20,8g, 42 invólucros plásticos de cocaína em pó, com peso de 23,7g, e 11 pedras de crack, com peso de 2,2g - fl. 43) não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, consoante o disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal, não havendo, portanto, qualquer ilegalidade na negativa da benesse em tela.

Nesse sentido:

"PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO. NÃO CABIMENTO. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. QUANTIDADE E VARIEDADE DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE.

[...]

6. A Suprema Corte, no HC n. 97.256/RS, também passou a admitir a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, no termos do art. 44 do Código Penal.

7. A jurisprudência desta Corte tem entendido que a natureza, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas podem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

interferir na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (AgRg na Rcl 21.663/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/11/2014, DJe 05/12/2014).

8. In casu, a Corte estadual, sem se alinhar àquela orientação pretoriana, valeu-se, também, da quantidade (55 invólucros) e da natureza da droga (cocaína e maconha) para vedar a substituição pretendida.

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena" (HC n. 296.069/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe de 11/9/2015, grifei).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA HEDIONDEZ DO CRIME. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA QUANTO AO REGIME MAIS GRAVOSO. PENA INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. NEGATIVA EM VIRTUDE DA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- Nos termos do ressaltado pelo Tribunal a quo, embora o quantum de pena fixado seja inferior a 4 (quatro) anos, preenchendo, portanto, o requisito objetivo, a natureza e a quantidade elevada do entorpecente apreendido - 60 pedras de crack e 47 buchas de maconha - não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto" (HC n. 323.006/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soates da Fonseca, DJe de 24/11/2015, grifei).

Ante o exposto, **não conheço** do presente **habeas corpus**.

Contudo, **concedo a ordem de ofício**, a fim de, tão somente, confirmando a liminar anteriormente concedida (fls. 52-54), fixar o regime **aberto** para resgate da reprimenda, mantido os demais termos da condenação.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0109406-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 504.972 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00055100520188260635 22022705220188260000 55100520188260635

EM MESA

JULGADO: 16/05/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO DEBORA REZENDE DANTAS MOTTA - SP311425
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	SILVIO FERNANDES DE JESUS

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