



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 353.466 - SP (2016/0095172-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUCAS AKIRA PASCOTO NISHIKAWA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FELIPE RODRIGO DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. 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 e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

2. Devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, com base nas circunstâncias do caso concreto, considerando-se a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida - 31 porções de *crack* - (art. 42 da Lei n.º 11.343/06), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

3. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 07 de junho de 2016(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 353.466 - SP (2016/0095172-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUCAS AKIRA PASCOTO NISHIKAWA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FELIPE RODRIGO DA SILVA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de FELIPE RODRIGO DA SILVA, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 0001068-98.2015.8.26.0635).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em 11.6.2015, pela suposta prática do delito previsto no artigo 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, à pena de 2 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 200 dias-multa. Foi-lhe vedado o apelo em liberdade. Confira-se a dosimetria da sanção realizada na sentença prolatada pelo Juízo da 14ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo/SP:

(...)

A pena base do crime do tráfico deve ser fixada no mínimo legal, ou seja, em 5 anos de reclusão e 500 dias multas, sendo cada dia multa em 1/30 do salário mínimo, em atenção ao disposto tanto no artigo 42 da Lei de Drogas, quanto no artigo 59 do Código Penal. O acusado não possui antecedentes criminais. No mais, as demais circunstâncias judiciais não podem ser consideradas inteiramente desfavoráveis, sendo que a questão da quantidade de drogas será analisada na seqüência.

Não existem agravantes ou atenuantes a serem consideradas, até porque a pena já foi fixada no mínimo legal. Observo que a certidão de fls. 16/17 do apenso da 2ª Vara Criminal não indica a data do trânsito em julgado da sentença condenatória para a defesa, inviabilizando a consideração da agravante da reincidência. Há apenas a informação de que foi dado parcial provimento ao recurso especial e a decisão datada de 12/05/2014, porém, não consta a data do trânsito em julgado.

Na terceira fase, entendo que deve ser aplicada a causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/2006, pois o réu é tecnicamente primário (apenso de antecedentes, em que a certidão acostada não indica data de trânsito em julgado da sentença condenatória), não ostenta maus antecedentes criminais (conforme apenso próprio não possui condenação definitiva) e nem há prova de que integra qualquer organização criminosa. Também não há provas concretas de que o réu se dedicava de forma constante à prática de crimes, fato que deve ser suficientemente provado pela acusação. Nesse sentido, confira-se o entendimento do C. Supremo Tribunal Federal:

(...)

Por outro lado, o réu foi preso com 31 'eppendorfs' de cocaína, situação de que pode ser levada em consideração para a redução da pena,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não havendo que se falar em '*bis in idem*' com a primeira fase, até porque a pena foi fixada no mínimo legal. Dessa forma, entendo que é o caso de reduzir a pena do réu pela metade (3/5), resultando na pena total de 02 (dois) anos de reclusão e pagamento de 200 (duzentos) dias-multa.

O regime inicial de cumprimento da pena será o fechado, tendo em vista que somente em caso de substituição por pena restritiva de direito há possibilidade de fixação de regime mais brando, bem como vem decidindo a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de São Paulo:

(...)

Deixo de analisar eventual progressão de regime, tendo em vista o acusado ainda não atingiu período suficiente para o benefício legal (preso desde 13 de fevereiro de 2015: $2/5 = 9$ meses e 18 dias = 30 de outubro de 2015), bem como porque caberá ao Juízo das Execuções avaliar o requisito subjetivo para a progressão.

No mais, apesar de entender ser possível, em caráter excepcional, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos a crimes de tráfico de drogas, entendo que no caso específico dos autos o acusado não é merecedor do benefício legal, por não ser a medida socialmente recomendável, além das circunstâncias que envolveram o crime praticado, já que o acusado estava foragido do cumprimento de sua pena em regime semiaberto e deu nome falso para a polícia.

Ainda que o réu seja primário e sem antecedentes criminas, a prova produzida em sede de instrução processual revelou que o acusado tinha a guarda de quantidade razoável de drogas. Ademais, conforme recentes decisões do C. Superior Tribunal de Justiça, a substituição por penas restritivas de direitos somente pode ser concedidas em situações excepcionálíssimas, o que não é o caso dos autos. Portanto, deixo de conceder o benefício legal ao réu.

(...) (fls. 15/17).

Irresignada com o édito condenatório, a Defesa interpôs recurso de apelação, cujo provimento foi negado pelo Tribunal de origem na data de 18.2.2016. Eis a fundamentação do aresto, no que interessa:

(...)

No tocante à dosimetria das penas, não há o que reparar, até porque o réu foi inadvertidamente beneficiado com pena-base no mínimo legal e redução de 3/5 (três quintos) da reprimenda, ante a incidência do disposto no § 4º, do art. 33, da Lei Antidrogas, em que pesem os fortes indícios de que se dedica à atividade criminosa. Em outras palavras, a grande quantidade do entorpecente (mais de trinta porções), sua natureza nociva (crack) e a condição pessoal do réu (desempregado - fls. 18) não deixam dúvidas de que o agente faz do tráfico meio de vida. Não obstante, como não há recurso ministerial, os privilégios devem ser mantidos, à luz do princípio da '*non reformatio in pejus*'.

Outrossim, deve ser mantido o regime fechado para início de cumprimento da pena.

Não se desconhece que a hediondez do delito não é motivo idôneo para negar regime prisional mais brando, ainda mais porque, no caso à baila, foi



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fixada pena inferior a 04 (quatro) anos de reclusão, o que autorizaria, em tese, a imposição do regime inicial aberto.

Não obstante, o regime não pode decorrer exclusivamente da quantidade da pena imposta, sendo tarefa do julgador analisar todas as circunstâncias que permearam a prática delitiva.

Com relação ao delito de tráfico de entorpecentes, é pacífico nos Tribunais Superiores que a gravidade concreta do crime, analisada com supedâneo na quantidade e/ou natureza da droga, autoriza a imposição de regime mais gravoso.

A esse respeito:

(...)

Pois bem. Analisando o caso concreto, vislumbra-se que **foi apreendida grande quantidade e variedade de entorpecentes em poder do acusado Felipe, isto é, 31 pedras de crack. Possível imaginar os efeitos deletérios do comportamento do agente no meio social.**

Não se pode olvidar, também, de que o réu comercializava droga de alto poder lesivo, isto é, crack. Ora, não se pode tratar igualmente um réu que, por exemplo, só vende maconha, e outro que negocia crack, como se vê 'in concreto'. O princípio constitucional da individualizado da pena, sem dúvida, restaria ultrajado se as duas situações recebessem o mesmo tratamento.

Pelo exposto, de rigor manter ao réu Felipe o regime fechado para início de cumprimento da pena, com espeque na natureza e quantidade das drogas, circunstâncias que revelam a gravidade concreta do comportamento e, por isso, evidenciam a necessidade de tratamento penal enérgico.

E justamente por isso que se mostrou correta a não substituição da sanção corporal por restritivas de direitos, benesse esta que não se revelaria socialmente recomendável à espécie.

(...) (fls. 53/56) (grifou-se).

Daí o presente *mandamus*, no qual sustenta o impetrante, inicialmente, que "a figura privilegiada do tráfico de drogas, prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/06, não pode ser considerada como sendo equiparada a crime hediondo, como ocorre com o delito do caput do mesmo artigo" (fl. 3).

Aduz que a imposição obrigatória do regime fechado no caso do crime de tráfico privilegiado é inconstitucional, afrontando os princípios da individualização da pena e da humanidade da reprimenda.

Assere que "se o tráfico privilegiado não é crime equiparado a hediondo, se o paciente é primário, de bons antecedentes, e se a pena que lhe foi aplicada não é superior a quatro anos, o regime mais adequado, *in casu*, é mesmo o aberto, devendo ser respeitados os princípios constitucionais e a determinação legal constante do artigo 33, § 2º, alínea c, do Código penal" (fls. 4/5).

Destaca que a proibição da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos no caso do tráfico de drogas, em razão da natureza do delito, com esteio



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no artigo 44 da Lei de Tóxicos, é inconstitucional, violando os princípios da individualização da pena e da proporcionalidade da resposta estatal.

Pondera que a substituição da pena deve preceder à incidência do regime imposto para seu cumprimento.

Ressalta que estariam presentes na hipótese vertente as exigências legais exigidas para a efetivação da substituição almejada.

Menciona que "não mais vige a proibição de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos para o caso de réus primários, de bons antecedentes, que não se dediquem às atividades ilícitas ou integrem organizações criminosas" (fl. 8).

Requer, liminarmente, a concessão da ordem, a fim de permitir ao paciente aguardar o julgamento do presente *writ* no regime aberto, e, no mérito, a alteração do regime de cumprimento da pena para o aberto, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida às fls. 70/74.

Foram prestadas informações às fls. 85/95 e 97/133.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Mário Pimentel Albuquerque, pelo conhecimento parcial da ordem e, nesta extensão, por sua concessão, apenas para que seja fixado o regime inicial semiaberto (fls. 136/138).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 353.466 - SP (2016/0095172-9)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. 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 e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.
2. Devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, com base nas circunstâncias do caso concreto, considerando-se a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida - 31 porções de *crack* - (art. 42 da Lei n.º 11.343/06), não há constrangimento ilegal a ser sanado.
3. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Destaco, *ab initio*, que se trata de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, o que impede o seu conhecimento. Cabe avaliar, de qualquer sorte, a existência de ilegalidade patente, a ensejar a concessão de ordem de ofício.

Cumprе salientar que, tanto a estipulação do regime inicial fechado - contida no § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072, que fora alterado pela Lei n.º 11.464/07 - quanto a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos - prevista no art. 44, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 - foram superadas pelo Pretório Excelso em decisões recentes. A esse respeito, confira-se o teor do Informativo n.º 569 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

A Turma, superando a restrição fundada no Enunciado 691 da Súmula do STF, concedeu *habeas corpus* a condenado pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33) para determinar que tribunal de justiça substitua a pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos ou, havendo reversão, que o início do cumprimento da pena privativa de liberdade se dê no regime aberto. Assentou-se que a quantidade de pena imposta - 3 anos -, não constando circunstâncias desfavoráveis ao paciente, que não registra antecedentes, permitiria não só que a pena tivesse início no regime aberto (CP, art. 33, § 2º, c), mas, também, a substituição por pena restritiva de direitos (CP, art. 44, § 2º, segunda parte). HC



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

101291/SP, Rel. Min. Eros Grau, 24.11.2009. (HC-101291)

O citado *writ* possui esta ementa:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO MAIS GRAVE DO QUE O PREVISTO EM LEI. DIREITO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EXCEÇÃO À SÚMULA 691.

Tráfico de entorpecentes. Fixação da pena. Circunstâncias judiciais favoráveis. Pena fixada em quantidade que permite a substituição da privação de liberdade por restrição de direitos ou o início do cumprimento da pena no regime aberto. Imposição, não obstante, de regime fechado. Constrangimento ilegal a ensejar exceção à Súmula 691/STF. Ordem concedida. (HC n.º 101.291/SP; Relator(a): Ministro Eros Grau; Julgamento: 24/11/2009; Segunda Turma; DJe-027 - 12-02-2010)

Diante disso, a Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o *quantum* de pena aplicado, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal (HC n.º 118.776/MG, da relatoria do Ministro Nilson Naves, julgado em 18.3.2010), bem como a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 1º de setembro de 2010, se pronunciou sobre a matéria, no HC n.º 97.256, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, prevalecendo, por 6 votos a 4, o entendimento aqui expendido, no sentido de ser inconstitucional o dispositivo da Lei n.º 11.343/2006 que veda a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Convém sublinhar que o Senado Federal, no exercício da atribuição que lhe foi conferida pelo art. 52, inciso X, da Magna Carta, editou, em 15.2.2012, a Resolução n.º 05/2012, suspendendo a execução de excerto da Lei n.º 11.343/06 referente à expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" - contida no § 4º, do art. 33, declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos supra mencionado HC n.º 97.256. Confira-se:

O Senado Federal resolve:

Art. 1º É suspensa a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus n.º 97.256/RS.

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Registre-se, por oportuno, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

maioria de votos, em sessão extraordinária realizada no dia 27.6.2012, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07. Confira-se:

"Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei n.º 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei n.º 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

2. 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.

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, com a redação dada pela Lei n.º 11.464/07, o qual determina que *"a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado"*. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito **ex nunc**, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado." (HC n.º 111.840/ES; Relator(a): Ministro Dias Toffoli; Julgamento: 27/06/2012; Tribunal Pleno)

Assim, restaram superadas pela Suprema Corte e por este Tribunal Superior a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes.

Na espécie, verifica-se que foi fixado o regime inicial fechado e negada a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos em razão das circunstâncias do caso concreto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com efeito, destacou o Colegiado estadual, a quantidade e a natureza da droga apreendida, a saber, 31 porções de *crack*, substância causadora de efeitos extremamente deletérios.

Ora, é este o espírito da Lei Antidrogas, que dispõe:

Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

Dessarte, devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado, bem como a negativa de substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos, com base em dados concretos constantes dos autos, não há ilegalidade a ser sanada. 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. DESCABIMENTO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO E VEDAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. CONSIDERAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Justificado o quantum de redução pela causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em razão da natureza e da diversidade das drogas apreendidas, descabe falar em flagrante constrangimento ilegal a ser sanado, ainda mais quando a fração de redução aplicada "fica indene ao crivo do habeas corpus, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório" (HC 321.624/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2015, DJe 03/08/2015).

3. Caso em que a incidência daquela minorante no patamar de 1/3 decorreu da natureza da droga apreendida (20g de crack), inexistindo ilegalidade patente a ser reparada na via estreita do mandamus.

4. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art.

2.º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n.

11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar o disposto no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

5. A quantidade e a natureza da droga apreendida podem, ao lado dos demais elementos constantes do processo, interferir na fixação do regime prisional, bem como na possibilidade de substituição da pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

privativa de liberdade por restritiva de direitos. Precedentes.

6. In casu, a Corte estadual justificou o regime mais gravoso para o início de expiação da reprimenda e vedou a substituição pretendida em razão da natureza e da quantidade da substância apreendida (20 gramas de crack) - o que evidencia a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente, ex vi do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 -, **bem como do fato de a traficância ter sido desenvolvida em "boca de fumo" localizada na residência do réu, de modo que a medida seria insuficiente para a necessária resposta penal ao delito praticado.**

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 322.782/MS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 03/09/2015, DJe 21/09/2015) (grifou-se)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. TEMA NÃO ENFRENTADO NA ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. NATUREZA, QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS DROGAS. REGIME DIVERSO DO FECHADO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. NATUREZA, QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. O tema referente ao pleito de aplicação da atenuante da confissão espontânea não foi apreciado pelo Tribunal a quo, o que impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

3. O estabelecimento do redutor na fração de 1/3 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, dada a natureza, a quantidade e a diversidade das drogas apreendidas - 126,8 g de cocaína e 15,8 g de maconha - a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. O quantum de redução aplicado fica indene ao crivo do habeas corpus, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório.

Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

4. 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 restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

5. É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/06, no sentido de que o juiz "na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Devidamente fundamentada imposição do regime inicial fechado, bem como a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, **em razão da natureza, da quantidade e da variedade das drogas apreendidas** - 126,8 g de cocaína e 15,8 g de maconha - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 294.565/MS, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 21/10/2014, DJe 04/11/2014)(grifou-se)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM ORIENTAÇÃO ADOTADA PELO PRETÓRIO EXCELSO. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/1990 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ART. 33 DO CP E 42 DA LEI N. 11.343/2006. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. REGIME FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Precedentes: HC 109.956/PR, Rel.

Min. Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012, e HC 104.045/RJ, Rel. Min.

Rosa Weber, DJe de 6.9.2012, dentre outros.

- O Superior Tribunal de Justiça, na esteira desse entendimento, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa toada, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício. A propósito: HC 221.200/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 19.9.2012.

- A obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crime hediondo e os a ele equiparados foi declarada inconstitucional pelo c. Pretório Excelso, em 27.6.2012, por ocasião do julgamento do HC 111.840/ES. Assim, a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal, bem como do art. 42 da Lei 11.343/2006, quando se tratar de delitos previstos nessa Lei.

- No caso, apesar de a pena ter sido fixada em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, **a gravidade concreta do delito, evidenciada pelas circunstâncias em que ocorreu (posse de variada e expressiva quantidade de entorpecentes 19 cápsulas de cocaína e 36 papérolas de maconha), justifica a imposição do regime inicial fechado, bem como inviabiliza a substituição da pena por restritiva de direitos**, nos termos do art. 44, III, do CP.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 240.443/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgado em 19/03/2013, DJe 22/03/2013) (grifou-se)

Assim, tem-se que a irresignação não merecer prosperar.

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0095172-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 353.466 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00010689820158260635 068982015260635 10689820158260635 20160000099049
68982015260635

EM MESA

JULGADO: 07/06/2016

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ROBERTO LUIS OPPERMANN THOMÉ

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUCAS AKIRA PASCOTO NISHIKAWA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FELIPE RODRIGO DA SILVA

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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.