



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 408.342 - SP (2017/0172540-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ROSELY GALVÃO MOTA - SP264777
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RENAN MIRANDA DE AQUINO (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA, VARIEDADE E QUANTIDADE DAS DROGAS UTILIZADAS PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO. QUANTIDADE, DIVERSIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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

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

3. Na falta de indicação pelo legislador das balizas para o *quantum* da redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do delito, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, para afastar a aplicação da minorante quando evidenciarem a habitualidade do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.

4. Hipótese na qual as instâncias antecedentes, atentas às diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, consideraram a natureza e a quantidade das drogas apreendidas - 478g de maconha, 353,8g cocaína, 196g de *crack* e 8 frascos de "lança perfume" -, exclusivamente, na terceira etapa da dosimetria da pena, para fazer incidir a minorante em 1/2, o que não se mostra desproporcional.

5. Embora a pena tenha sido fixada em patamar inferior a 4 anos de reclusão e o paciente seja primário, o modo semiaberto (previsto como o imediatamente mais grave, segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o adequado para a reprovação do delito, tendo em vista a quantidade, a variedade e a natureza dos entorpecentes, 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).

6. 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, especificamente a expressiva quantidade de entorpecente (Precedentes).

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime semiaberto como o inicial para o cumprimento da pena reclusiva.

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

Brasília (DF), 14 de setembro de 2017 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 408.342 - SP (2017/0172540-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ROSELY GALVÃO MOTA - SP264777
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RENAN MIRANDA DE AQUINO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **RENAN MIRANDA DE AQUINO**, cuja autoridade coatora é o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 250 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Em sede recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo.

Neste *writ*, alega o impetrante ausência de fundamento válido para afastar o reconhecimento do tráfico privilegiado. Defende a fixação do regime mais brando e a aplicação da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pois o paciente preenche os requisitos legais para tanto.

Requer, assim, a aplicação do redutor em 2/3, bem como o estabelecimento do regime prisional aberto e o deferimento da permuta legal.

Informações prestadas (e-STJ, fls. 125-126).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 162-163).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 408.342 - SP (2017/0172540-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ROSELY GALVÃO MOTA - SP264777
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RENAN MIRANDA DE AQUINO (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA, VARIEDADE E QUANTIDADE DAS DROGAS UTILIZADAS PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO. QUANTIDADE, DIVERSIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.
2. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.
3. Na falta de indicação pelo legislador das balizas para o *quantum* da redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do delito, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, para afastar a aplicação da minorante quando evidenciarem a habitualidade do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.
4. Hipótese na qual as instâncias antecedentes, atentas às diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, consideraram a natureza e a quantidade das drogas apreendidas - 478g de maconha, 353,8g cocaína, 196g de *crack* e 8 frascos de "lança perfume" -, exclusivamente, na terceira etapa da dosimetria da pena, para fazer incidir a minorante em 1/2, o que não se mostra desproporcional.
5. Embora a pena tenha sido fixada em patamar inferior a 4 anos de reclusão e o paciente seja primário, o modo semiaberto (previsto como o imediatamente mais grave, segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o adequado para a reprovação do delito, tendo em vista a quantidade, a variedade e a natureza dos entorpecentes, 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).
6. 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, especificamente a expressiva quantidade de entorpecente (Precedentes).
7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime semiaberto como o inicial para o cumprimento da pena reclusiva.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

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

Sob tal contexto, passo à análise de eventual constrangimento imposto ao paciente que autorize a concessão da ordem, de ofício.

O Juiz sentenciante fixou a pena-base em 5 anos de reclusão e, ao final, aplicou o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 1/2 pelos seguintes motivos:

"Considerando a incidência da causa de diminuição de pena prevista no parágrafo quarto do artigo 33 da Lei de Tóxicos, assim como a quantidade de entorpecente apreendido, diminuo as penas aplicadas em ½ (metade), estabelecendo-as em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, mantida a unidade no mínimo, penas estas que torno definitivas ante a ausência de modificadoras a considerar". (e-STJ, fl. 71).

O Tribunal de origem, por sua vez, manteve afastada a incidência do referido redutor, em decisão assim motivada:

"A reprimenda não merece alteração.

A pena-base foi fixada no mínimo legal, 5 anos de reclusão e 500 dias-multa. Ausentes atenuantes e agravantes, foi aplicada a redução da reprimenda, na metade, pelo artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Cabe observar que sequer seria o caso de aplicação do referido redutor de pena, à vista da regra jurídica do artigo 42, da referida lei, que determina a preponderância da natureza e da quantidade de substância sobre os critérios previstos no artigo 59, do Código Penal. Significa dizer que a aplicação do mencionado benefício fica condicionada não apenas à presença de circunstâncias pessoais favoráveis, mas, também, à antítese do artigo 42, ou seja, que a quantidade de entorpecente seja pequena. Diante da quantidade de droga apreendida no caso em questão, incabível a diminuição.

Contudo, dada a resignação ministerial, bem como a vedação à reformatio in pejus, a incidência do redutor penal fica mantida, bem como seu patamar, e a reprimenda se consolida em 2 anos e 6 meses de reclusão, com 250 dias-multa mínimos.

Assim sendo, e não se evidenciando erro técnico ou excessivo rigor, a punição final deve ser mantida, tal como monocraticamente estabelecida". (e-STJ, fls. 107-108).

Inicialmente, convém destacar que a individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo permitido ao julgador, entretanto,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, **ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade**, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria.

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

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico. (HC 401.121/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1/8/2017 e AgRg no REsp 1.390.118/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 30/5/2017).

In casu, como se observa, as instâncias ordinárias reconheceram a prática do tráfico privilegiado, e, conforme autoriza a jurisprudência desta Corte, aplicaram o índice de redução em 1/2, tendo como fundamento a natureza e a quantidade das drogas apreendidas - 95 invólucros de maconha (478g), 198 tubetes de cocaína (353,8g), 207 tubetes de *crack* (196g) e 8 frascos contendo éter e cloroformo, vulgarmente conhecido como “lança perfume” ou “cheirinho da Loló”.

Desse modo, apresentados motivos idôneos para o patamar definido, a alteração desse *quantum* de redução é questão afeta à atividade discricionária do julgador, que só pode ser revista quando verificada sua desproporcionalidade, o que não é o caso dos autos.

A respeito, citam-se os seguintes precedentes que respaldam esse entendimento:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL OCORRÊNCIA. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O estabelecimento do redutor na fração de 1/6 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, diante da quantidade da substância entorpecente apreendida em poder do paciente - 82,6 g de cocaína - a atrair a incidência do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Motivada de maneira concreta a fixação do *quantum* de aplicação do referido benefício, não há falar em ilegalidade.

[...]

4. Ordem parcialmente concedida a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda corporal imposta ao paciente."

(HC 382.881/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/3/2017, DJe 23/3/2017);

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ENTORPECENTES. ART. 33, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 3 ANOS E 4 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PELO TRÁFICO PRIVILEGIADO, PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS QUE JUSTIFICAM A FRAÇÃO ESCOLHIDA. REPRIMENDA MANTIDA. REGIME PRISIONAL FECHADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. QUANTIDADE E VARIEDADE DA DROGA. GRAVIDADE CONCRETA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- Esta Corte vem decidindo que a quantidade, a nocividade e a variedade dos entorpecentes apreendidos são fundamentos idôneos a ensejar a escolha da fração redutora, quando for o caso de aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- Deve ser mantida a fração redutora de 1/3, pelo reconhecimento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando o acórdão recorrido aponta a necessidade de uma maior repressão do delito, ante a sua gravidade concreta, evidenciada esta última pela quantidade e variedade dos entorpecentes apreendidos (maconha, cocaína e *crack*). Ademais, alterar a conclusão a que chegou o Tribunal de origem implica, sem dúvida, revolver o acervo fático-probatório, inviável na estreita via do *habeas corpus*. Precedentes.

[...]

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida *ex officio*, apenas para modificar o regime de cumprimento da pena para o inicial semiaberto, mantidos os demais termos da condenação."

(HC 389.710/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 6/4/2017, DJe 17/4/2017).

Quanto ao regime prisional, melhor sorte assiste à impetrante.

No acórdão impugnado, consta:

"O regime prisional é mesmo o fechado, o qual está em consonância com o imperativo da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007. Ademais, incabível e inadequado seu abrandamento: a conduta apenada é a de trazer consigo, com o fim de comercialização, 95 invólucros contendo maconha (478g), 198 tubetes contendo cocaína (353,8g), 207 tubetes contendo crack (196g) e 8 frascos contendo éter e cloroformo, vulgarmente conhecido como 'lança perfume' ou 'cheirinho da Loló'.

Veja-se que a conduta do acusado extrapolou a repressão natural do tipo penal referente ao tráfico de drogas, que por vezes se evidencia em comercialização de quantidade menor que aquela apreendida.

Também, a natureza dos entorpecentes apreendidos (cocaína, crack e maconha) revela a especial reprovabilidade delitiva, já que tais substâncias tem alto poder viciante e destrutivo à saúde humana, em relação a outros entorpecentes sobre cuja comercialização recai a mesma conduta delitiva.

Destarte, as circunstâncias concretas do caso em comento demonstram não ser recomendável a adoção de regime prisional mais brando que o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fechado até para que não se provoque afrouxamento excessivo e intolerável estímulo ao criminoso, forjando, em seu espírito, a sensação de uma ilusória impunidade". (e-STJ, fls. 108-109).

A obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles equiparados **não mais subsiste**, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/7/2012).

Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenado condenado por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Na hipótese, observa-se que o Tribunal de origem, ressalvada a natureza hedionda do delito, trouxe fundamento válido para estabelecer o regime mais gravoso na medida em que considerou a quantidade, a natureza e a diversidade das drogas apreendidas.

Contudo, tendo sido fixada a pena em patamar inferior a 4 anos de reclusão e sendo o paciente primário, o regime semiaberto é o adequado e suficiente para a reprovação do delito, em decorrência da valoração da quantidade/variedade e natureza das drogas - 478g de maconha, 353,8g de cocaína, 196g de *crack* e 8 de "lança perfume".

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA (COCAÍNA). ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Sedimentou-se, nesta Corte Superior, o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º do Código Penal em conjunto com o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga.

2. No caso dos autos, embora a pena-base tenha sido fixada no mínimo-legal, reconhecida primariedade do paciente e o *quantum* de pena permita, em tese, a fixação do regime mais brando, a natureza da droga apreendida - cocaína -, justifica a imposição de regime mais gravoso, no caso o semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

3. O col. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 97.256/RS declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Com efeito, desde que preenchidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, os condenados por tráfico de drogas podem se beneficiar da substituição da pena privativa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade por restritiva de direitos.

4. Na hipótese dos autos, após estabelecer a reprimenda do paciente em 2 (dois) anos de reclusão, a Corte estadual entendeu insuficiente a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em razão das circunstâncias do caso concreto, sobretudo diante da natureza da substância apreendida - cocaína -, o que não destoa da jurisprudência desta Corte Superior.

Agravo regimental a que se nega provimento."

(AgRg no HC 375.316/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 18/5/2017, DJe 25/5/2017).

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PELO TRÁFICO PRIVILEGIADO, PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. QUANTIDADE, VARIEDADE E NOCIVIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS QUE JUSTIFICAM A FRAÇÃO ESCOLHIDA. REPRIMENDA MANTIDA. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. QUANTIDADE, VARIEDADE E NOCIVIDADE DAS DROGAS. GRAVIDADE CONCRETA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

[...]

- 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.

- No caso, inexistente coação ilegal a ser sanada, pois, embora o paciente seja primário e a pena de 2 anos e 6 meses de reclusão comporte, em princípio, o regime inicial aberto, o regime intermediário foi fixado com base na gravidade concreta do delito, evidenciada pela quantidade, variedade e nocividade das drogas apreendidas, elementos que, inclusive, justificaram a escolha da fração redutora de 1/2 pelo tráfico privilegiado. Inteligência dos art. 33, § 3º, do CP e art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 386.152/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 8/8/2017, DJe 22/8/2017).

No que tange à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, vale lembrar que a Suprema Corte, na análise do HC 97.256/RS, também reconheceu a inconstitucionalidade das expressões contidas no art. 44 e no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, que vedavam a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direito aos condenados pelo delito de tráfico de drogas. Tal proibição foi, inclusive, suprimida do texto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

legal por meio da edição da Resolução n. 5/2012 do Senado Federal.

Portanto, não há qualquer óbice à concessão da permuta legal aos sentenciados pelos delitos previstos na Lei de Drogas, se preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal.

In casu, mostra-se insuficiente a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, diante da falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP), especificamente a quantidade, a variedade e a natureza das drogas apreendidas.

Sobre o tema, confira-se o seguinte julgado:

"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 À 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.

[...]

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 Código Penal.

4. 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.

5. 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 é superior a 4 anos.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, confirmando a liminar anteriormente deferida, fixar o regime inicial semiaberto."

(HC 390.554/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/5/2017, DJe 22/5/2017).

Diante do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo **concedo** a ordem, de ofício, a fim de fixar o regime semiaberto como o inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0172540-0

HC 408.342 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00004820920168260544 20170000417813 4820920168260544

EM MESA

JULGADO: 14/09/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ROSELY GALVÃO MOTA - SP264777
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RENAN MIRANDA DE AQUINO (PRESO)

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