



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 326.992 - SP (2015/0139413-2)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : **TIAGO LEARDINI BELLUCCI**
ADVOGADO : **TIAGO LEARDINI BELLUCCI**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **LUIZ ROGERIO DE OLIVEIRA**

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 1 ANO, 8 MESES E 20 DIAS DE RECLUSÃO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006, POR TER OCORRIDO *BIS IN IDEM* ENTRE A PRIMEIRA E A TERCEIRA ETAPAS DA DOSIMETRIA. INVIABILIDADE. FRAÇÃO DE 2/3 APLICADA PELO SENTENCIANTE E MANTIDA PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. INEXISTÊNCIA DE COAÇÃO ILEGAL. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA DESTACADA PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO, CASSANDO A LIMINAR ANTERIORMENTE DEFERIDA.

– 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.

– Inexiste constrangimento ilegal a ser reconhecido na dosimetria da pena, pois, ao contrário do alegado pela defesa, a pena do paciente não foi majorada pelo acórdão recorrido, não tendo havido o vedado *bis in idem*. Embora a pena-base tenha sido estabelecida acima do mínimo legal em razão da nocividade da droga apreendida, a fração redutora pelo tráfico privilegiado foi fixada em seu patamar máximo (2/3).

– O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 440/STJ e 718 e 719 do STF.

– O acórdão recorrido destacou a necessidade do regime mais gravoso com base na nocividade da droga apreendida e no fato de a pena-base ter sido estabelecida acima do mínimo legal, fundamentos estes que se encontram em consonância ao art. 42 da Lei n. 11.343/2006 e ao art. 33, § 3º, do Código Penal.

– Apesar de válida a fundamentação para o recrudescimento do regime prisional, o regime intermediário, qual seja, o semiaberto, é o que mais se amolda ao caso concreto, considerando a pena de 1 ano, 8 meses e 20 dias de reclusão e a quantidade e a nocividade das drogas apreendidas, elementos que serviram de lastro para aplicação da pena-base acima do mínimo legal.

– O acórdão recorrido não promoveu a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, por entender que a natureza e a quantidade elevada do entorpecente apreendido não recomendam o benefício, fundamentação que se encontra em consonância com a jurisprudência desta Corte. Precedentes.

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, §§ 2º, "b", e 3º, do CP e art. 42 da Lei n. 11.343/2006, cassando a liminar anteriormente deferida.

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, cassando a liminar anteriormente deferida, 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 junho de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 326.992 - SP (2015/0139413-2)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : TIAGO LEARDINI BELLUCCI
ADVOGADO : TIAGO LEARDINI BELLUCCI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIZ ROGERIO DE OLIVEIRA

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de LUIZ ROGERIO DE OLIVEIRA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos da Apelação n. 0000617-20.2012.8.26.0137.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena corporal de 1 ano, 8 meses e 20 dias de reclusão, em regime fechado, com substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, por infração ao art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (fls. 11/20).

Irresignado, o Ministério Público apelou, pugnando pela fixação, no patamar mínimo, da causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e pela cassação da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. O apelo ministerial foi parcialmente provido, por maioria de votos, vencido o Relator, apenas para afastar a substituição da pena corporal (fls. 21/39).

Na presente impetração, a defesa alega, em síntese, que a natureza e a quantidade da droga apreendida foram utilizadas em duas fases distintas da pena, o que configura o vedado *bis in idem*.

Sustenta, ainda, que a fixação do regime fechado baseou-se apenas no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, já declarado inconstitucional, motivo pelo qual, no caso, deve ser concedido o regime semiaberto em favor do paciente. Por fim, sublinha que os requisitos do art. 44 do Código Penal estão preenchidos.

Diante disso, requer, liminarmente, a expedição de contramandado de prisão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em favor do paciente.

No mérito, pede o reconhecimento do *bis in idem* ocorrido entre a primeira e a terceira etapas da dosimetria, com a aplicação do redutor pelo tráfico privilegiado em sua fração máxima, o estabelecimento de regime mais brando e a substituição da pena corporal por medidas restritivas de direitos.

Pedido liminar deferido, permitindo ao paciente aguardar em liberdade o julgamento do mérito do presente *writ*, expedindo-se o contramandado de prisão (fls. 259/263).

Informações prestadas às fls. 278/300.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pelo não conhecimento do *writ* (fls. 274/276).

É o relatório



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 326.992 - SP (2015/0139413-2)

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, 1ª Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, 4ª Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora o impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do 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, em seu patamar máximo, da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, alegando ter ocorrido *bis in idem* entre a 1ª e a 3ª fases da dosimetria. Pugna, ainda, pelo abrandamento do regime prisional e pela aplicação do art. 44 do CP.

A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

Infere-se dos autos que a pena-base do delito de tráfico de entorpecentes foi



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estabelecida um pouco acima do mínimo legal, em 5 anos e 2 meses de reclusão, além do pagamento de 520 dias-multa. Na segunda fase, a pena basilar permaneceu inalterada, pois ausentes atenuantes e agravantes. Na terceira fase, reconhecida a figura do tráfico privilegiado, as penas foram reduzidas em 2/3, alcançando os montantes definitivos de 1 ano, 8 meses e 20 dias de reclusão, em regime fechado, e 173 dias-multa, com a substituição da pena corporal por medidas restritivas de direitos (fls. 13/15).

O Tribunal de origem, ao julgar o apelo ministerial, manteve íntegra a dosimetria estabelecida na sentença e, por maioria de votos, vencido o Relator, deu provimento parcial ao recurso apenas para afastar a aplicação do art. 44 do CP. Vejamos o que restou consignado no voto condutor do acórdão recorrido (fls. 38/39):

Diante do exposto, dava-se provimento à apelação do Ministério Público, para os fins de se redimensionar a pena do réu para 04 (quatro) anos, 03 (três) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, regime fechado e 433 (quatrocentos e trinta e três) dias-multa, no piso e cassar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, oficiando-se à Origem para as providências necessárias, inclusive, expedindo-se mandado de prisão, oportunamente.

Nada obstante, divergiram os eminentes Desembargadores Revisor e 3º Juiz.

O eminente Desembargador Revisor, pelo seu Voto, entendeu que:

"Meu Voto dá apenas parcial provimento ao recurso do MP, para afastar a substituição da pena privativa de liberdade. No entanto, mantenho o redutor tal como o fez o MM. Juiz. O réu foi encontrado com 10 porções de "crack" (8,9g) e 02 porções de "maconha" (2,5g). Levando em conta a duplicidade das substâncias, o Magistrado já exacerbou a pena-base. Na terceira fase, reduziu a pena em 2/3. A quantidade das drogas - que, embora não irrisória, não se mostra expressiva - não justifica seja mais tímido o redutor."

Já o eminente Desembargador 3º Juiz acompanhou, integralmente, o Voto divergente.

Sendo assim, por maioria, deram parcial provimento ao apelo Ministerial, apenas, para afastar a substituição da pena privativa de liberdade operada na r. decisão recorrida, vencido em parte o e. Relator, que dava provimento ao recurso, também, para majorar as penas do réu para 04 (quatro) anos, 03 (três) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, regime fechado e 433 (quatrocentos e trinta e três) dias-multa e, permanece com o Acórdão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, ao contrário do alegado pela defesa, a pena do paciente não foi majorada pelo acórdão recorrido e, no caso, não ocorreu o vedado *bis in idem*, pois, embora a pena-base tenha sido estabelecida acima do mínimo legal em razão da nocividade da droga apreendida, a fração redutora pelo tráfico privilegiado foi fixada em seu patamar máximo (2/3), tendo o sentenciante, no que foi acompanhado pelo acórdão recorrido, expressamente consignado que (fl. 15):

A droga apreendida não é de grande quantidade e as circunstâncias judiciais não são todas favoráveis ao réu. No entanto, a natureza da droga já foi levada em consideração para aumentar a pena antes e não pode ser valorada novamente para deixar de diminuir, sob pena de bis in idem. Sendo assim, a diminuição pode ser no máximo legal.

Portanto, no que tange às penas impostas ao ora paciente, inexistente constrangimento ilegal a ser sanado *ex officio* por esta Corte.

Quanto ao regime, sabe-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 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.

Dessa forma, para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso, 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:

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 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

No caso, o sentenciante estabeleceu o regime inicial fechado nos seguintes moldes (fl. 15):

O réu iniciará o cumprimento de sua pena em regime fechado, nos termos da disposição constante do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 (redação dada pela Lei 11.464/2007).

O Tribunal de origem, por sua vez, manteve o regime mais gravoso com base na seguinte fundamentação (fls. 35/37):

Ademais, mantém-se o regime inicial de cumprimento de pena, uma vez que a Lei n. 8.072/90, em seu art. 2º, §1º, prevê expressamente que o regime inicial de cumprimento de pena para os crimes nela previstos será o fechado, medida esta estabelecida em perfeita harmonia com o tratamento diferenciado e mais rígido conferido pela própria Constituição Federal aos crimes hediondos e equiparados (art. 5º, XLIII). Aliás, embora não desconheça a declaração incidental de inconstitucionalidade do dispositivo mencionado no julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n. 111.840, Rei. Min. Dias Toffoli, entendo que, por possuir eficácia "inter partes", o controle de constitucionalidade difuso exercido pelo Supremo Tribunal Federal não vincula as Instâncias inferiores, apenas produzindo efeito naquele julgamento em especial, de sorte que, aqui, permaneço com o entendimento segundo o qual o tratamento impingido aos crimes hediondos e equiparados deve ser mais rigoroso, não cumprindo ao Poder Judiciário analisar a conveniência e a adequação da política criminal do seu tratamento, matéria reservada ao Poder Legislativo, Órgão constitucionalmente competente para tanto.

(...)

Outrossim, as circunstâncias do caso em tela revelam, mormente pela natureza lesiva e potencialmente letal das substâncias entorpecentes encontradas com o réu, "crack" e "maconha", ser desse modo que ele conseguia o seu sustento, além do "crack" ser o tipo de substância entorpecente que reclama, para a sua produção, a posse de um laboratório especializado, o que não consta ser possuído pelo réu, não constando, também, que o réu fosse o produtor da "maconha", que se impunha, mesmo, o regime prisional mais gravoso. Corolário do exposto, a pena-base do réu foi fixada acima do mínimo legal, o regime prisional refletindo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

intelecção do art. 33, §3º, do Código Penal.

Pela leitura dos excertos acima transcritos, constata-se que as instâncias ordinárias mencionaram a hediondez do delito de tráfico de entorpecentes como motivação para o estabelecimento do regime fechado, referência esta que deve ser afastada como fundamento utilizado para a fixação do regime mais gravoso.

Por outro lado, o acórdão recorrido destacou a necessidade do regime mais gravoso com base na nocividade da droga apreendida e no fato de a pena-base ter sido estabelecida acima do mínimo legal, fundamentos estes que se encontram em consonância ao art. 42 da Lei n. 11.343/2006 e ao art. 33, § 3º, do Código Penal.

Contudo, apesar de válida a fundamentação para o recrudescimento do regime prisional, entendo que o regime intermediário, qual seja, o semiaberto, é o que mais se amolda ao caso concreto, considerando a pena de 1 ano, 8 meses e 20 dias de reclusão e a quantidade e a nocividade das drogas apreendidas (*10 papелotes de crack e 2 papелotes de maconha*), elementos que, como visto, serviram de lastro para aplicação da pena-base acima do mínimo legal.

Nessa linha:

*PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS
SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS.
REGIME PRISIONAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA E
HEDIONDEZ DO DELITO. ILEGALIDADE EVIDENCIADA.
SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. NÃO
CONHECIMENTO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

(...)

2. A quantidade e natureza da droga apreendida podem interferir na escolha do regime mais gravoso de cumprimento de pena. Precedentes.

3. O quantum da condenação (1 ano e 11 meses de reclusão), a primariedade, a análise favorável das circunstâncias judiciais e a quantidade e a natureza da droga apreendida, 9 (nove) porções de "cocaína", 29 (vinte e nove) de "maconha" e 10 (dez) de "lança-perfume", permitem ao paciente iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime intermediário, conforme art. 33, § 2º, "b", do CP c/c art. 42 da Lei n. 11.343/2006.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto. (HC 327.075/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 09/12/2015) - grifei.

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. NATUREZA E VARIEDADE DAS DROGAS.

1. Nos termos de iterativo entendimento desta Corte, a quantidade, a natureza e a variedade de drogas apreendidas erigem-se em fundamento idôneo apto a justificar tanto a imposição do regime mais severo, quanto o indeferimento da substituição das penas.

2. Nesse sentido, há, na espécie, fundamentação concreta para a imposição de regime inicial mais gravoso, ainda que tenha a pena-base ficado no mínimo legal e a reprimenda final seja de 1 ano e 8 meses.

3. Contudo, não se mostra adequada a imposição do regime fechado, dado que é o paciente primário.

4. Impetração não conhecida, mas concedida a ordem, ex officio, apenas para alterar o regime inicial de fechado para semiaberto. (HC 342.286/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/03/2016, DJe 12/04/2016) - grifei.

No que tange 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.

No caso, o Tribunal revisor não promoveu a substituição da pena corporal (fls. 37/38) por entender que a quantidade das drogas apreendidas não recomenda o reconhecimento do benefício legal, entendimento este que se encontra em consonância à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

jurisprudência desta Corte, que destaco:

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. (...)

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 despeito de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis e de a pena ter sido fixada em 3 anos e 4 meses de reclusão, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas em poder do paciente, também utilizadas para o fim de fixar o regime prisional, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, admitem o cumprimento inicial da sanção no regime semiaberto.

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 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 296.069/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 25/8/2015, DJe 11/9/2015) - grifei.

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE RECURSO ORDINÁRIO, DE ESPECIAL, OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 12 DA LEI 6.368/76. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO. NECESSIDADE DE REEXAME PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE DA VIA ELEITA. PENA-BASE EXASPERADA EM 2 ANOS. APENAS UMA VETORIAL NEGATIVA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. DESPROPORCIONALIDADE. EXASPERAÇÃO EM 1/6. REGIME INICIAL FECHADO COM FUNDAMENTO NA LEI 8.072/90. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO STF. PENA INFERIOR A 4 ANOS. FIXAÇÃO DE REGIME SEMIABERTO. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE PARA O INDEFERIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. COMBINAÇÃO DE LEIS. PENA-BASE PREVISTA NA LEI N. 6.368/76 E MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. VEDAÇÃO. SÚMULA 501/STJ. INCIDÊNCIA INTEGRAL DA LEI 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. SANÇÃO MAIS GRAVOSA.

(...)

7. A presença de uma circunstância judicial desfavorável, no caso, a natureza e quantidade da droga apreendida, é fundamento idôneo para negar a benesse relativa à substituição da pena privativa de liberdade por sanções alternativas, conforme o disposto no inciso III do art. 44 do Código Penal. Precedentes.

(...)

11. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena e fixar o regime semiaberto. (HC 178.476/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 02/05/2016) - grifei.

Assim, no caso, inexistente constrangimento ilegal a ser sanado em relação à não aplicação do art. 44 do Código Penal, visto que houve fundamentação alicerçada em dados concretos.

Ante o exposto, **não conheço** do habeas corpus. Contudo, **concedo a ordem de ofício**, apenas para modificar o regime de cumprimento da pena para o semiaberto, nos termos do art. 33, §§ 2º, "b", e 3º, do CP e art. 42 da Lei n. 11.343/2006, cassando a liminar anteriormente deferida.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0139413-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 326.992 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00006172020128260137 6172020128260137

EM MESA

JULGADO: 16/06/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : TIAGO LEARDINI BELLUCCI
ADVOGADO : TIAGO LEARDINI BELLUCCI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIZ ROGERIO 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, cassando a liminar anteriormente deferida, 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.