



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 329.630 - RS (2015/0163468-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : DION ALVES RODRIGUES

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. REDUÇÃO EM METADE. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. REGIME SEMIABERTO. VARIEDADE E NATUREZA DA DROGA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MEDIDA INSUFICIENTE. AUSÊNCIA DE MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

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. Segundo entendimento reiterado desta Corte, na falta de indicação pelo legislador de balizas para o *quantum* de redução da pena pela incidência do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da aplicação da referida minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. Precedentes.
3. Não se mostra desproporcional a escolha do patamar de redução em 1/2 quando o Tribunal de origem, em decisão motivada e dentro do critério de discricionariedade vinculado do julgador na individualização da pena, considerou a apreensão de seis celulares na residência do paciente e um caderno de anotações do tráfico, que revelariam sua habitualidade criminosa.
4. Estabelecida a pena definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime semiaberto (previsto como o imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o suficiente à prevenção e à reparação do delito, considerada a natureza e a variedade da droga apreendida (12 buchas de cocaína e 23 pedras de *crack*), elencadas como circunstâncias prevaletentes, a teor dos arts. 33 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedente.
5. Não se mostra socialmente recomendável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista a natureza e a diversidade da droga apreendida com o paciente, que denotam contornos de maior gravidade ao tráfico ilícito de drogas. Precedente.
6. *Habeas corpus* não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Brasília (DF), 17 de maio de 2016(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 329.630 - RS (2015/0163468-1)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PACIENTE : DION ALVES RODRIGUES

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial impetrado em favor de **DION ALVES RODRIGUES** contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Apelação n. 0113404-97.2015.8.21.7000).

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser inicialmente cumprida em regime semiaberto, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, pela prática do crime tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Inconformada, a Defensoria Pública estadual interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que deu parcial provimento ao recurso, a fim de reduzir a pena de multa para 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa (e-STJ, fls. 276-282).

Eis a ementa do julgado:

"TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PROVA. PALAVRA DO POLICIAL. VALOR. CONDENAÇÃO MANTIDA.

Os depoimentos dos policiais envolvidos nas diligências que culminaram com a acusação da prática de um crime por parte do apelante devem ser analisados como os de qualquer outra pessoa. E, por uma questão de lógica e racional, eles preponderam sobre a declaração de quem é acusado de um delito, porque, geralmente, este tenta fugir de sua responsabilidade penal pelo fato. Não se imagina que, sendo o policial uma pessoa idônea e sem qualquer animosidade específica contra o agente, vá a juízo mentir, acusando falsamente um inocente. Assim, sua declaração, com a de todas as outras testemunhas e vítimas, deve ser examinada apenas pelos elementos que ela contém. Confrontar-se-á com as outras provas obtidas na instrução e até com a qualidade da pessoa que depôs. Se a prova sobrevive após esta análise, ela é forte para a condenação, não importando quem a trouxe. Aqui, em prova convincente, os policiais militares informaram que, cumprindo um mandado de busca e apreensão na residência do recorrente, encontraram boa quantidade de entorpecentes, demonstrando que ele traficava drogas.

DECISÃO: Apelo defensivo parcialmente provido. Unânime." (e-STJ, fl. 276.)

Neste *writ*, a defesa sustenta que "tal decisão não deve prosperar por conta do manifesto constrangimento ilegal infligido ao ora paciente, sem justa causa, pois, uma vez aplicada a minorante do § 4.º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, razão não há para não aplicá-la em seu patamar máximo. Além disto, verifica-se que não há razão para não aplicação da substituição



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como não há motivo para a imposição do regime semiaberto para o cumprimento da pena" (e-STJ, fl. 2).

Requer a concessão da ordem para "cassar o acórdão proferido pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, de modo a aplicar a redução da pena no seu patamar máximo, com base no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, e conceder o regime de cumprimento de pena aberto ao ora paciente, bem como substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos" (e-STJ, fl. 5).

A liminar foi indeferida pela então Vice-Presidente, no exercício da Presidência, Ministra Laurita Vaz (e-STJ, fls. 293-295).

Prestadas as informações (e-STJ, fls. 304-312), o Ministério Público Federal manifestou-se pelo "não conhecimento do *habeas corpus*, caso conhecido, pela denegação da ordem" (e-STJ, fls. 317-320).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 329.630 - RS (2015/0163468-1)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PACIENTE : DION ALVES RODRIGUES

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. REDUÇÃO EM METADE. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. REGIME SEMIABERTO. VARIEDADE E NATUREZA DA DROGA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MEDIDA INSUFICIENTE. AUSÊNCIA DE MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

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. Segundo entendimento reiterado desta Corte, na falta de indicação pelo legislador de balizas para o *quantum* de redução da pena pela incidência do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da aplicação da referida minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. Precedentes.

3. Não se mostra desproporcional a escolha do patamar de redução em 1/2 quando o Tribunal de origem, em decisão motivada e dentro do critério de discricionariedade vinculado do julgador na individualização da pena, considerou a apreensão de seis celulares na residência do paciente e um caderno de anotações do tráfico, que revelariam sua habitualidade criminosa.

4. Estabelecida a pena definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime semiaberto (previsto como o imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o suficiente à prevenção e à reparação do delito, considerada a natureza e a variedade da droga apreendida (12 buchas de cocaína e 23 pedras de *crack*), elencadas como circunstâncias prevaletentes, a teor dos arts. 33 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedente.

5. Não se mostra socialmente recomendável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista a natureza e a diversidade da droga apreendida com o paciente, que denotam contornos de maior gravidade ao tráfico ilícito de drogas. Precedente.

6. *Habeas corpus* não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

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

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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.

Nesse contexto, passo ao exame das supostas ilegalidades apontadas pela defesa.

Conforme relatado, o paciente foi condenado à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 250 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, porque guardava em sua residência, para fins de mercancia, 12 (doze) buchas de cocaína contendo 8,6 gramas e 23 (vinte e três) pedras de *crack* com peso de 5,8 gramas, sem autorização e em desacordo com determinação legal.

O Juízo sentenciante aplicou a causa especial de diminuição da pena, no patamar de 1/2 (um meio avos), estabeleceu o regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva e negou a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, em decisão assim fundamentada:

"[...]

Em uma primeira fase, analisando os elementos do art. 59 do CP observa-se que nos autos o réu possui bons antecedentes, havendo preponderância do art. 42 da lei 11.343, há de se observar que o réu guardava droga em quantidade não expressiva, razões pelas quais fixo a pena inicial em 5 anos de reclusão. Não havendo circunstâncias agravantes e atenuantes mantém-se a pena. Em um terceiro momento, observa-se que o réu é primário, tem bons antecedentes e boa conduta social, aplicando-se a causa de redução de pena no patamar de 1/2 (um meio avos), reduzindo a pena para 2 anos 6 meses, a ser cumprido em regime inicialmente semiaberto, tendo em vista que o regime aberto configura-se como indevido para o ato praticado, visto que o réu não possui emprego fixo, bem como, a conduta de portar seis celulares e um caderno contendo anotações para o tráfico revelam-se como indícios graves de que o réu praticou o crime de forma especializada, sendo que iniciar o cumprimento da pena no regime aberto não surtiria o efeito retributivo e preventivo da pena aplicada.

Ausentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, na medida em que as circunstâncias não recomendam. O réu vive com a mãe vindo a praticar o delito no âmbito doméstico, de tal forma que o porte de seis celulares e anotações para o tráfico revelam-se como fatores determinantes para uma eventual reiteração delitiva, caso o réu não inicie o cumprimento da pena em uma privação de liberdade. A privação de liberdade na hipótese teria o condão justo e valorativo ideal para imiscuir na mente do réu a gravidade da conduta criminosa realizada, efeito este que a restritiva de direitos não ocasionaria." (e-STJ, fls. 213-214.)

O Tribunal de origem, por sua vez, a dosimetria realizada em primeiro grau, nos seguintes termos

"Na hipótese dos autos, o réu fora flagrado em sua residência tendo em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

guarda considerável quantidade de droga, na medida em que quatorze buchas de cocaína e 23 pedras de *crack* é considerada quantidade exagerada para consumo próprio. Quantidade esta que se torna inviável para um viciado em drogas, na medida em que poderia acarretar o falecimento do usuário, caso consumida de uma única vez.

Além do que a apreensão de seis celulares, a quantia de R\$ 561,50 em espécie e um caderno de anotações contendo a contabilidade do tráfico, conforme auto de apreensão de fl. 65, demonstram a profissionalização do réu na prática do comércio de drogas.

Outrossim, não se nega a possibilidade de o réu enquadrar-se como usuário de drogas, visto que os próprios policiais mencionam em seus depoimentos que o réu estaria sob efeito de alguma substância.

Ademais, um outro dado foram as suspeitas que o réu levantou.

Conforme narrado pela testemunha Jones, a busca dentro da residência do réu fora oriunda de um mandado de busca e apreensão em face de fortes suspeitas de que o local mantinha comércio de drogas, tendo em vista a forte movimentação de pessoas.

De tal forma, percebe-se que juntos a prova testemunhal, a droga apreendida, bem como, os materiais utilizados para o tráfico, tal como seis celulares com um bloco de notas contendo contabilidade da droga apreendida, ceifam qualquer dúvida quanto à autoria e à materialidade do crime praticado.

[...]

3. Mantendo o regime prisional fixado na sentença e a negativa à substituição da pena privativa de liberdade.

Foram deste modo justificados:

'... a ser cumprido em regime inicialmente semiaberto, tendo em vista que o **regime aberto configura-se como indevido para o ato praticado, visto que o réu não possui emprego fixo, bem como, a conduta de portar seis celulares e um caderno contendo anotações para o tráfico revelam-se como indícios graves de que o réu praticou o crime de forma especializada, sendo que iniciar o cumprimento da pena no regime aberto não surtiria o efeito retributivo e preventivo da pena aplicada.** Ausentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, na medida em que as circunstâncias não recomendam. **O réu vive com a mãe, vindo a praticar o delito no âmbito doméstico, de tal forma que o porte de seis celulares e anotações para o tráfico revelam-se como fatores determinantes para um eventual reiteração delitiva, caso o réu não inicie o cumprimento da pena em uma privação de liberdade.** A privação de liberdade na hipótese teria o condão justo e valorativo ideal para imiscuir na mente do réu a gravidade da conduta criminosa realizada, efeito este que a restritiva de direitos não ocasionaria.'

O referido acima talvez nem permitisse a aplicação do benefício do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06. Contudo, aplicado e fazendo-se a redução da pena de prisão, também deve, porque é pena, reduzir a multa aplicada e no mesmo percentual, metade.

4. Assim, nos termos supra, dou parcial provimento ao apelo para reduzir a pena de multa para duzentos e cinquenta dias-multa.

[...] (e-STJ, fls. 281-282, grifou-se.)

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 reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reconhecidamente primários, possuem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.

Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, na falta de indicação pelo legislador de balizas para o *quantum* dessa redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da aplicação da minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes (AgRg no AREsp 628.686/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 2/3/2015).

No caso, verifica-se que as instâncias antecedentes reduziram a pena em 1/2, tendo em vista a apreensão de seis celulares na residência do paciente e um caderno de anotações da narcotraficância, que indicariam a habitualidade na prática do crime de tráfico de drogas.

Com efeito, devidamente motivada a escolha do patamar de redução, a alteração desse *quantum* é questão afeta à atividade discricionária do julgador, que pode ser revista somente quando constatada sua desproporcionalidade, o que não é o caso dos autos.

A esse respeito, os seguintes precedentes:

"[...] 1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do artigo 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal e, com preponderância, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

2. Inexiste ilegalidade na aplicação do redutor no patamar de 1/3 (um terço), dada a natureza e a quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas.

3. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 666.334/AM, sob o regime da repercussão geral, firmou o entendimento de que a natureza e a quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico de drogas devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, sob pena de indevido *bis in idem*, cabendo ao magistrado decidir em que momento as utilizará, o que revela a inexistência de ilegalidade na sua ponderação somente na análise da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006."

(HC 298.618/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 4/11/2015.)

"[...] - Esta Corte Superior tem decidido que a quantidade, a variedade e a nocividade da droga apreendida evidenciam a dedicação à atividade criminosa e, em decorrência, podem embasar o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- Deve ser mantida a fração redutora de 1/6, pelo reconhecimento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando o acórdão recorrido, dentro da discricionariedade permitida por lei, fundamenta o patamar escolhido, concretamente, na quantidade, variedade e nocividade das drogas apreendidas (cocaína, *crack* e maconha). Ademais, alterar a conclusão a que chegou as instâncias ordinárias implica, sem dúvida, revolver o acervo fático-probatório, inviável na estreita via do *habeas corpus*.

[...] - *Habeas corpus* não conhecido." (HC 322.414/SP, Rel. Ministro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 19/04/2016)

Quanto ao pedido de alteração do regime prisional, convém destacar que 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 disposto no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

Na definição 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 pelo crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com a preponderância a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Estabelecida a pena definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime semiaberto (previsto como o imediatamente mais grave, segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o suficiente e adequado à prevenção e à reparação do delito, considerada a natureza e a variedade da droga apreendida (12 buchas de cocaína e 23 pedras de *crack*), elencadas legalmente como circunstância preponderante.

A propósito, confira-se:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, *CAPUT*, DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADA À PENA CORPORAL DE 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME SEMIABERTO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA QUE JUSTIFICA A FRAÇÃO INTERMEDIÁRIA (1/2) UTILIZADA. REGIME SEMIABERTO ADEQUADO TAMBÉM PELA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA, QUE DEMONSTRA A GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- 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.

- Deve ser mantida a fração redutora de 1/2, pelo reconhecimento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando a sentença e o acórdão recorridos, dentro da discricionariedade permitida por lei, fundamentam o patamar escolhido, concretamente, na quantidade da droga apreendida, qual seja, 43 tijolos de maconha, pesando 129g. Ademais, alterar a conclusão a que chegou as instâncias ordinárias implica, sem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dúvida, revolver o acervo fático-probatório, inviável na estreita via do *habeas corpus*.

- 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.

- As referências feitas à hediondez do delito devem ser afastadas como fundamento utilizado para o estabelecimento do regime mais gravoso pelas instâncias ordinárias.

- O regime semiaberto, mais gravoso do que a pena de 2 anos e 6 meses de reclusão comporta, deve ser mantido ante a gravidade concreta do delito, evidenciada pela considerável quantidade da droga apreendida com a paciente - 43 tijolos de maconha, pesando 129g -, elemento que recomenda o regime mais gravoso para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

- *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 279.016/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016.)

No que tange ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não se identifica o apontado constrangimento sustentado pelo impetrante.

Vale lembrar que a Suprema Corte, na análise do HC 97.256/RS, também reconheceu a inconstitucionalidade das expressões contidas no art. 44 e § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" e "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", que foram inclusive suprimidas do texto legal por meio da edição da Resolução n. 5/2012 do Senado Federal. Desse modo, não há qualquer óbice à concessão da permuta legal aos sentenciados pelo delito de tráfico de drogas desde que preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal.

In casu, não sendo favoráveis as circunstâncias do delito, é inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, como bem ponderado no acórdão impugnado.

Sobre o tema, o seguinte julgado:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE CONDENADO A 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. BENEFÍCIO NEGADO EM VIRTUDE DA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ilegal.

- 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.

- Para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso do que comporta a pena, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos.

Inteligência das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.

- Nos termos do entendimento firmado por esta Corte Superior de Justiça, a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar a imposição do regime mais severo. Na hipótese, o acórdão recorrido fundamentou a necessidade do regime fechado com base na quantidade e na nocividade da droga apreendida (47,9g de cocaína).

- Embora válido o fundamento para o recrudescimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado, ao réu primário, condenado à pena reclusiva não superior a 4 anos (pena de 2 anos e 6 meses de reclusão), cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal, fazendo jus o paciente ao regime intermediário, qual seja, o semiaberto. Precedentes desta Corte.

- Ao analisar o HC n. 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, reconhecendo a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, por meio da Resolução n. 5/2012.

- De outro lado, nos termos do fixado pela jurisprudência desta Corte, a quantidade e a natureza da droga apreendida podem, ao lado dos demais elementos constantes do processo, interferir na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. No caso, o acórdão recorrido, de forma fundamentada, entendeu por sua inadequação, ante o fato de que, com o paciente, foram apreendidos 47,9g de cocaína, quantidade e nocividade que não recomendam a substituição da pena corporal, consoante o disposto no art. 44, III, do CP.

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto."

(HC 322.337/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2016, DJe 23/02/2016.)

Diante do exposto, **não conheço** deste *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0163468-1

HC 329.630 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00029955920148210155 01134049720158217000 04997276620148217000
1134049720158217000 15521400011456 29955920148210155 4997276620148217000
70063071641 70064280266

EM MESA

JULGADO: 17/05/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : DION ALVES RODRIGUES

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."

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