



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 313.787 - SP (2015/0003377-9)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : **LEANDRO HENRIQUE MINOTTI FERNANDES**
ADVOGADO : **LEANDRO HENRIQUE MINOTTI FERNANDES**
IMPETRADO : **TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO**
PACIENTE : **JOSIMAR LAUDELINO DE JESUS (PRESO)**

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. **1.** TRÁFICO. DOSIMETRIA. CAUSA REDUTORA DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FIXAÇÃO EM PATAMAR DIVERSO DO MÁXIMO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE. ALTERAÇÃO PARA 2/3 (DOIS TERÇOS). **2.** REGIME FECHADO APLICADO COM FUNDAMENTO NO ART. 44 DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA QUANTO AO REGIME MAIS GRAVOSO. PENA INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. **3.** SUBSTITUIÇÃO DA PENA. NEGATIVA EM VIRTUDE DA QUANTIDADE DA PENA. REPRIMENDA REDUZIDA. REQUISITO OBJETIVO PREENCHIDO. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. **4.** *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO, PARA REDIMENSIONAR A PENA E ALTERAR O REGIME.

1. O Magistrado *a quo* não motivou de forma adequada a escolha da fração redutora da pena e o Tribunal de origem, ao mantê-la, em recurso exclusivo da defesa, igualmente não apresentou argumentação válida, haja vista ter, em verdade, se manifestado no sentido da própria inviabilidade da redutora. Nesse contexto, mostra-se ilegal a aplicação da causa de diminuição da pena em patamar diverso do máximo previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, porquanto ausente motivação concreta que o justifique.

2. O Magistrado sentenciante apontou norma que nem ao menos se refere ao regime de cumprimento da pena, para justificar a aplicação do regime fechado. Redimensionada a pena para 2 (dois) anos, 5 (cinco) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, e considerando a existência de circunstâncias judiciais negativas, no caso a quantidade e qualidade da droga (50 quilos de cocaína), altera-se o regime para o intermediário, conforme orienta o art. 33, § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Quanto à substituição, verifica-se que as circunstâncias do caso concreto não a recomendam. De fato, embora o *quantum* de pena fixado seja inferior a 4 (quatro) anos, preenchendo, portanto, o requisito objetivo, trata-se de tráfico de quantidade significativa de droga com alto poder viciante (50 quilos de cocaína).

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para elevar a fração redutora da pena para 2/3 (dois terços) e alterar o regime de cumprimento, ficando a pena redimensionada para 2 (dois) anos, 5 (cinco) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, em regime semiaberto.

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 Ribeiro Dantas, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de outubro de 2015 (Data do Julgamento).

MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 313.787 - SP (2015/0003377-9)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : LEANDRO HENRIQUE MINOTTI FERNANDES
ADVOGADO : LEANDRO HENRIQUE MINOTTI FERNANDES
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
PACIENTE : JOSIMAR LAUDELINO DE JESUS (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JOSIMAR LAUDELINO DE JESUS, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça Regional Federal da 3ª Região.

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput* e § 4º, c/c o art. 40, inciso I, ambos da Lei n. 11.343/2006, à pena de 4 (quatro) anos, 11 (onze) meses e 7 (sete) dias de reclusão, em regime fechado. Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, ao qual se negou provimento, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 26):

PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME DESFAVORÁVEIS AO RÉU. CONFISSÃO. RECONHECIMENTO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REGIME INICIAL FECHADO. MULTA PECUNIÁRIA. SISTEMA TRIFÁSICO. REPARAÇÃO CIVIL DE DANOS. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO FORMAL. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. 1. Materialidade e autoria comprovadas pela prova pericial realizada durante as investigações e pela certeza proporcionada pela prisão em flagrante do acusado, acentuada por sua confissão em juízo. 2. Pena-base fixada em patamar superior ao estabelecido na sentença, em face da natureza e da quantidade da droga apreendida. 3. Aplicação da atenuante da confissão prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal, tendo em vista que o réu admitiu que transportava a droga e essa admissão foi considerada na fundamentação da sentença condenatória. 4. Correta a majoração da pena em face da aplicação do inciso I do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art. 40 da Lei nº 11.343/2006, pois restou evidenciado na instrução processual que a droga foi trazida do exterior e tinha como destino final a cidade de Araraquara, SP. 5. Mantida a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, no patamar fixado na sentença, ante a inexistência de recurso da acusação, sendo vedada a reformatio in pejus. 5. Pena pecuniária recalculada com a aplicação do critério trifásico. 6. Fixado o regime inicial fechado, considerando-se as circunstâncias por meio das quais o crime foi praticado, sobretudo a quantidade excessiva da droga apreendida. 7. Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em razão do quantum da pena aplicada (CP, art. 44,1). 8. Exclusão da indenização para reparação de danos ante a ausência de pedido formal, sob pena de violação ao princípio do contraditório. 9. Apelação do réu não provida. De ofício, redimensionada a pena pecuniária e excluída a indenização pela reparação de danos.

No presente *mandamus*, aduz o impetrante, em síntese, que o paciente faz jus à aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em patamar maior, com a fixação de regime de cumprimento da pena mais brando, substituindo-se a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Pede, liminarmente, a concessão de liberdade provisória, para que o paciente possa aguardar o julgamento do *writ* em liberdade. No mérito, pugna pela alteração da fração redutora e do regime de cumprimento da pena, bem como pela substituição da pena por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida às e-STJ fls. 29/31, pela Ministra Laurita Vaz, no exercício da Presidência. Foi indeferido o pedido de reconsideração, à e-STJ fl. 78, e não se conheceu do agravo regimental interposto contra esta decisão, às e-STJ fls. 92/95. Por fim, manifestou-se o Ministério Público Federal, às e-STJ fls. 99/109, pelo não conhecimento do *mandamus*, concedendo-se, no entanto, a ordem de ofício, nos seguintes termos:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. EXIGÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL SEM EXPOSIÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. As decisões colegiadas dos Tribunais de Justiça, proferidas em última ou única instância, salvo as denegatórias de habeas corpus ou mandado de segurança, devem ser impugnadas através dos recursos excepcionais, para o Superior Tribunal de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Justiça ou para o Supremo Tribunal Federal. Se transitadas em julgado, devem ser, eventualmente, modificadas através da revisão criminal, para a qual o Superior Tribunal de Justiça não tem competência, salvo em relação aos seus próprios julgados. Necessidade de racionalização do uso do habeas corpus. Segundo orientação jurisprudencial dessa Colenda Corte de Justiça, o legislador ordinário definiu, para a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, a possibilidade de redução da reprimenda no intervalo de 1/6 a 2/3, desde que "o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique à atividade criminosa nem integre organização criminosa". Cabe ao julgador, dentro de seu livre convencimento motivado, atendendo-se ao disposto no art. 93, IX, da Constituição da República, sopesar o percentual a ser reduzido, podendo utilizar-se, para tanto, das circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do Código Penal, tendo como preponderantes a natureza da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente, nos termos do art. 42, da Lei de Drogas. Nesse sentido, o juiz pode livremente escolher a quantidade da redução a ser aplicada - de 1/6 a 2/3 -, não estando obrigado a vincular esse percentual à quantidade da pena-base fixada na sentença, desde que apresente adequada motivação e não utilize as mesmas vetoriais em mais de uma etapa do cálculo. No caso sob exame, verifica-se que o MM. Juiz sentenciante aplicou a causa de diminuição no patamar de um terço, sem, contudo, fundamentar a escolha. É certo que o Tribunal Regional Federal da 3ª Região buscou, com sua decisão, complementar os fundamentos que não se faziam presentes na sentença, em prejuízo do réu. No entanto, é cediço na jurisprudência pátria que "não é dado ao Tribunal estadual agregar fundamentos não presentes na decisão do Juízo singular, sob pena de incidir em indevida inovação" (HC nº 286.473/SP, Rei. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, SEXTA TURMA. DJe de 05/09/2014), mormente havendo recurso exclusivo da Defesa. Noutra vertente, verifica-se que o Magistrado de primeiro grau não apresentou fundamentação idônea para a imposição do regime prisional inicial fechado, referindo-se tão somente ao art. 44, da Lei 11.343/2006. Anote-se, uma vez mais, que havendo recurso exclusivo da Defesa, a Corte de origem também não poderia ter agregado fundamentos não presentes na decisão do Magistrado de primeira instância acerca do regime prisional inicial. Dessa forma, o regime prisional deve ser fixado segundo o disposto no art. 33, § 2º, do Código Penal: Parecer pelo não conhecimento do habeas corpus. Todavia, impõe-se a concessão da ordem de ofício, para anular a sentença condenatória, no ponto referente à escolha do fator de redução da pena, para que o Juízo apresente fundamentação idônea, bem assim para que examine, no caso concreto, a possibilidade de fixação de regime mais brando, afastada a obrigatoriedade de imposição do regime fechado, bem como para que analise a viabilidade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 313.787 - SP (2015/0003377-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e as Turmas que compõem a Terceira Seção do 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. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Assim, em princípio, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo do recurso próprio. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício, analisando-se, dessa forma, o mérito da impetração, conforme determinado pelo Supremo Tribunal Federal.

Insurge-se o impetrante, em síntese, contra a fração escolhida pelo Magistrado de origem para reduzir a reprimenda em razão da aplicação da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Igualmente, pugna pela aplicação de regime de cumprimento da pena mais brando bem como pela substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Para melhor análise do tema, transcrevo trecho da sentença no qual o Magistrado justifica a escolha da fração da minorante, do regime e a impossibilidade de substituição da pena (e-STJ fls. 23/25):

Ainda na terceira fase, uma vez reconhecido que o agente é primário, não possui maus antecedentes e não integra, comprovadamente, organização criminosa, impõe-se a aplicação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

causa de diminuição da pena nos termos do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 (poderá haver redução de 1/6 a 2/3). De acordo com os dados disponíveis nos autos, o réu possui atividade lícita e não se comprovou que faça do crime o seu meio de vida. Reduzo, desse modo, a pena para 4 (quatro) anos, 11 (onze) meses e 7 (sete) dias de reclusão, que torno definitiva (redução de 1/3).

(...).

O início do cumprimento da pena privativa liberdade será no regime fechado, em virtude do disposto no artigo 44 da 11.343/2006 e pelo fato de o réu, preso em flagrante, ter permanecido custodiado durante toda a instrução criminal.

Deixo de substituir a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos com fundamento no artigo 44 da Lei 11.343/2006, que veda tal benefício, e em função do artigo 44, I, do Código Penal, pela dosimetria da pena.

O Tribunal de origem, por seu turno, manteve o disposto na sentença condenatória, nos seguintes termos (e-STJ fls. 43/44):

A causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, por sua vez, foi fixada em 1/3 (um terço) pelo juízo de primeiro grau, tendo ele considerado, para tanto, que o réu é primário, não possui maus antecedentes, possui atividade lícita, bem como não restou comprovado que integrasse organização criminosa ou fizesse do crime seu meio de vida. Não prospera o pedido da defesa de aumento do patamar fixado na sentença a esse título. Explico. No caso concreto, embora primário e sem antecedente, o modus operandi do réu para o tráfico indica que ele integra - ainda que circunstancialmente - organização criminosa voltada ao tráfico transnacional de drogas, de modo que sequer faria jus à causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Com efeito, a sofisticação da camuflagem da droga - que estava em tablets inseridos no estofamento do automóvel - e o envolvimento de outras pessoas - que, segundo JOSIMAR, seriam as responsáveis pela preparação do veículo - indicam, concretamente, que se tratava de uma organização criminosa. Ademais, há indicativo de que esse réu tinha alto grau de confiança por parte dos responsáveis finais pela entrada da droga no território nacional e sua posterior distribuição na cidade de Americana/SP, diante dos elevados custos e do risco para o transporte da expressiva quantidade de cocaína apreendida. Além disso, a conduta de quem tem a missão de trazer consigo e/ou transportar mais de 50 quilos de cocaína não pode ser entendida como secundária no ciclo do tráfico, sendo, por isso, razoável concluir que, para os específicos fins da aplicação da causa de diminuição da pena, esse indivíduo integra organização criminosa voltada ao tráfico transnacional de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

drogas. No caso concreto ora em análise, entretanto, não houve recurso por parte do Ministério Público Federal, de modo que a minorante aplicada pelo juízo a quo deve ser mantida, no nível em que fixada, ou seja, 1/3 (um terço), tendo em vista que sua retirada implicaria reformatio in pejus, o que é vedado. Assim, fica a pena privativa de liberdade definitivamente fixada em 4 (quatro) anos, 11 (onze) meses e 7 (sete) dias de reclusão. (...). Regime de cumprimento da pena privativa de liberdade A sentença fixou o regime fechado para o início do cumprimento da pena, em virtude do disposto no art. 44 da Lei nº 11.343/2006 e em razão do réu ter permanecido custodiado durante toda a instrução criminal. Com relação ao regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, observo que o Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatória fixação do regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados. Nesse passo, apesar da norma do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal, estabelecer que o condenado não reincidente a pena superior a 4 (quatro) anos e que não exceda a 8 (oito) - caso do réu - poderá começar a cumprir a pena em regime inicial semiaberto, in casu, esse capítulo da sentença deve ser confirmado, considerando que as circunstâncias por meio das quais o crime foi praticado, sobretudo a quantidade excessiva da droga apreendida, recomendam o cumprimento da pena em regime inicial fechado. Nesse sentido: (...). Não há que se falar em eventual substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois, em virtude do quantum da pena aplicada ao réu, não se encontra preenchido o requisito objetivo previsto no art. 44,1, do Código Penal.

Da leitura dos referidos trechos, verifico, num primeiro momento, que, com relação à causa de diminuição da pena, o patamar fixado pelo Magistrado de origem e mantido pelo Tribunal local não se encontra devidamente justificado. De fato, o Juízo *a quo* considerou que, pelos dados disponíveis nos autos, o paciente possui atividade lícita e não se comprovou que faça do crime o seu meio de vida. Diante disso, reduziu a pena em 1/3 (um terço).

O Tribunal de origem, ao analisar o recurso exclusivo da defesa, considerou que a dinâmica delitiva revelaria que o paciente efetivamente integraria organização criminosa, "de modo que sequer faria jus à causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006". Registrou, outrossim, que à míngua de recurso da acusação, pugnando pelo decote da causa de diminuição, esta deveria ser mantida em 1/3 (um terço).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Verifica-se, portanto, que o Magistrado *a quo* não motivou a escolha da fração e o Tribunal de origem, ao mantê-la, em recurso exclusivo da defesa, igualmente não apresentou argumentação válida, haja vista ter, em verdade, se manifestado no sentido da própria inviabilidade da redutora. Nesse contexto, mostra-se ilegal a aplicação da causa de diminuição da pena em patamar diverso do máximo previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, porquanto ausente motivação concreta que o justifique.

A propósito:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA APLICAÇÃO DE FRAÇÃO DIVERSA DO MÁXIMO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CABIMENTO, EM TESE. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando o orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício. 2. É pacífico, no âmbito desta Corte de Justiça, o entendimento de que é legítima a exasperação da pena com fundamento na quantidade e na natureza da droga apreendida, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. 3. O condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais para a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quais sejam, ser primário, ter bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 a 2/3, a depender das circunstâncias do caso concreto. 4. Esta Corte de Justiça tem entendido que, ausente qualquer justificativa, a minorante pelo reconhecimento do tráfico privilegiado deve ser aplicada em seu patamar máximo. In casu, o magistrado entendeu pela incidência do redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Entretanto, optou pela menor redução (1/6) sem justificar a escolha de tal patamar, situação mantida pela Corte de origem. 5. Afastado o óbice da parte final do art. 44 da Lei n. 11.343/2006 (vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos), deve o Juízo da Vara de Execuções Criminais verificar se estão preenchidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal e, em caso afirmativo, levar a efeito a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de direitos, definindo quais serão aplicadas no caso concreto. 6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar a minorante do tráfico privilegiado no patamar de 2/3 e determinar que o Juízo da Vara de Execuções Criminais verifique o preenchimento dos requisitos para substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal. (HC 283.935/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 07/04/2015, DJe 20/04/2015).

Dessa forma, antes de analisar a possibilidade de alteração do regime e de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, passo ao redimensionamento da pena. A pena-base do paciente foi fixada em 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão. Na segunda fase da dosimetria, a pena foi reduzida para 5 (cinco) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão. Na terceira fase, a pena foi elevada em 1/3, pela transnacionalidade, resultando 7 (sete) anos, 4 (quatro) meses e 26 (vinte e seis) dias de reclusão. Aplicada a minorante em seu patamar máximo, qual seja 2/3 (dois terços), redimensiono a pena para 2 (dois) anos, 5 (cinco) meses e 18 (dezoito) dias.

Quanto ao cumprimento da pena, observo que o Juízo *a quo* justificou a aplicação do regime fechado com fundamento no art. 44 da Lei n. 11.343/2006 e no "fato de o réu, preso em flagrante, ter permanecido custodiado durante toda a instrução criminal". A Corte local manteve o regime, no entanto esclareceu que "o Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoria fixação do regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados".

Nada obstante, esclareceu que, "apesar da norma do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal, estabelecer que o condenado não reincidente a pena superior a 4 (quatro) anos e que não exceda a 8 (oito) - caso do réu - poderá começar a cumprir a pena em regime inicial semiaberto, *in casu*, esse capítulo da sentença deve ser confirmado, considerando que as circunstâncias por meio das quais o crime foi praticado, sobretudo a quantidade excessiva da droga apreendida, recomendam o cumprimento da pena em regime inicial fechado".

Observa-se, portanto, que o Magistrado sentenciante apontou norma que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nem ao menos se refere ao regime de cumprimento da pena, tendo o Tribunal de origem, por seu turno, expressamente esclarecido que não há mais se falar em cumprimento obrigatório da pena em regime fechado. De fato, referida regra foi considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em duas oportunidades, quando previa o regime integralmente fechado e igualmente quando passou a prever o regime inicialmente fechado (art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990).

Tem-se, portanto, que a Corte local, ao manter o regime fechado, com fundamento nas "circunstâncias por meio das quais o crime foi praticado, sobretudo a quantidade excessiva da droga apreendida", revela indevida complementação de fundamentos pelo Tribunal de origem, em recurso exclusivamente da defesa.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ÓBICE DA SÚMULA 691 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SUPERVENIENTE JULGAMENTO DO MÉRITO E DA APELAÇÃO. ILEGALIDADE FLAGRANTE. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PRIMARIEDADE. DELITO COMETIDO NO INTERIOR DE PRESÍDIO. FUNDAMENTO CONCRETO QUE AUTORIZA O REGIME SEMIABERTO E A NEGATIVA DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO, CONFIRMADA A LIMINAR. 1. Impetrado o habeas corpus contra indeferimento de liminar em prévio writ, posteriormente julgado, não seria possível, em princípio, deliberar-se sobre o mérito. Ressalva-se, contudo, a hipóteses de patente ilegalidade, nos moldes do art. 654, § 2.º, do Código de Processo Penal, que disciplina a extraordinária concessão de ofício. 2. Hipótese em que as instâncias de origem não lograram motivar de maneira idônea o estabelecimento do regime inicial fechado, porquanto não declinaram fundamentos suficientes a justificar a eleição do regime mais gravoso, deixando de apreciar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelos arts. 33 e parágrafos, do Código Penal, em patente inobservância ao princípio da individualização da pena e ao art. 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988. Para a imposição de regime inicial de cumprimento de pena mais severo que o fixado em lei é necessária motivação idônea. Inteligência das súmulas n.º 718 e n.º 719 do Supremo Tribunal Federal e n.º 440 deste Superior Tribunal de Justiça. E é vedado que o Tribunal de origem, em recurso exclusivo da Defesa, agregue novos fundamentos para justificar o regime mais gravoso. 3. Invocou-se, contudo, questão concreta (o cometimento do crime no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

interior de presídio), que justifica a fixação do regime intermediário, bem como a negativa da substituição da pena por medidas restritivas de direitos, a despeito da sanção inferior a 4 anos. 4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para o fim de fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda imposta ao paciente, confirmada a liminar. (HC 312.053/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 9/6/2015, DJe 18/6/2015).

Ademais, ainda que se considere a motivação trazida pelo Tribunal de origem como idônea para justificar a fixação do regime, tem-se que, diante do redimensionamento da pena para 2 (dois) anos, 5 (cinco) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, mostra-se cabível regime mais brando que o fixado. De fato, considerando a pena aplicada e a existência de circunstâncias judiciais negativas, no caso a quantidade e qualidade da droga (50 quilos de cocaína), observo ser cabível o regime intermediário para cumprimento da pena, conforme orienta o art. 33, § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

Contudo, entendo que as circunstâncias do caso concreto não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. De fato, embora o *quantum* de pena fixado seja inferior a 4 (quatro) anos, preenchendo, portanto, o requisito objetivo, observo que as circunstâncias do crime, haja vista se tratar de tráfico de 50kg (cinquenta quilos) de cocaína, não recomenda a substituição. Com efeito, trata-se de quantidade significativa de droga com alto poder viciante.

Ao ensejo:

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. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pela minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em razão da qualidade e 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 quantidade e da natureza da droga apreendida (55 porções de cocaína e maconha), 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 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 25/08/2015, DJe 11/09/2015).

Esclareço, por fim, que não devolvi os autos ao Magistrado de origem para redimensionar a pena, readequar o regime e reexaminar a possibilidade de substituição da pena, conforme sugerido pelo Ministério Público Federal, uma vez que a sentença não se omitiu sobre esses pontos, ou seja, não houve *error in procedendo*, a autorizar sua anulação, mas verdadeiro *error in judicando* o que autoriza a reforma do julgado pelo Superior Tribunal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de Justiça.

Ante o exposto, **não conheço** do *mandamus*. **Concedo, entretanto, a ordem** de ofício, para elevar a fração redutora da pena para 2/3 (dois terços) e alterar o regime de cumprimento, ficando a pena redimensionada para 2 (dois) anos, 5 (cinco) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, em regime semiaberto.

É como voto.

MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0003377-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 313.787 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00078466520134036120 201361200078466 78466520134036120

EM MESA

JULGADO: 20/10/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LEANDRO HENRIQUE MINOTTI FERNANDES
ADVOGADO : LEANDRO HENRIQUE MINOTTI FERNANDES
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : JOSIMAR LAUDELINO DE JESUS (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 Ribeiro Dantas, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.