



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 329.035 - SP (2015/0158605-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : VIVIAN MARIA LOPES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO SILVA DO CARMO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTOS VÁLIDOS PARA A MODULAÇÃO DO ÍNDICE DE REDUÇÃO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). DESPROPORCIONALIDADE. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA VALORADOS NA TERCEIRA FASE. MODO INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. MEDIDA INSUFICIENTE. 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 a justificar a concessão da ordem de ofício.

2. Segundo reiterada jurisprudência dos Tribunais Superiores, a quantidade e a natureza da droga apreendida podem ser sopesadas na definição do índice de redução da pena pela incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 ou, até mesmo, para impedir a aplicação da referida minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. Precedentes.

3. No caso, a instância antecedente, dentro do critério de discricionariedade vinculada do julgador na individualização da pena, estabeleceu o patamar de redução em 1/2, com fundamento na variedade e na expressiva quantidade de droga apreendida (200,5g de maconha e 8,5g de cocaína), o que não se mostra desproporcional.

4. Estabelecida a pena definitiva em 2 anos e 11 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, 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 quantidade da droga apreendida com o paciente, que denotam contornos de maior gravidade ao tráfico ilícito de drogas. Precedente.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de estabelecer o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena privativa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade.

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), 19 de abril de 2016(Data do Julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 329.035 - SP (2015/0158605-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : VIVIAN MARIA LOPES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO SILVA DO CARMO

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, impetrado em favor de **DIEGO SILVA DO CARMO**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, no regime inicial fechado, mais 292 (duzentos e noventa e dois) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, e § 4º, c/c o art. 40, VI, ambos da Lei n. 11.343/2006.

A defesa interpôs apelação. O Tribunal estadual, por sua vez, deu parcial provimento ao recurso "a fim de reduzir a pena de multa para 291 (duzentos e noventa e um) dias, no valor unitário legal, mantida, no mais, a respeitável sentença de primeiro grau" (e-STJ, fl. 42).

Inconformada, a Defensoria Pública estadual impetrou o *habeas corpus* em análise, no qual sustenta, que: a) "em que pese o juiz tenha reconhecido a primariedade e os bons antecedentes a juíza *a quo* não reduziu a pena no patamar máximo de 2/3, ante a quantidade da droga apreendida"; b) preenchidos "todos os requisitos legais, a aplicação da causa de diminuição de pena, na proporção máxima de 2/3 (dois terços), prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, é direito subjetivo do acusado"; c) "para a aplicação da benesse deve ser levada em conta somente a primariedade, os bons antecedentes e o fato de o agente não se dedicar às atividades criminosas nem integrar organizações criminosas"; d) o paciente é primário, portador de bons antecedentes, menor de 21 anos, não se dedica a atividades criminosas, não integra organização criminosa, logo não há óbices à aplicação da benesse no patamar máximo previsto em lei; e) houve violação do "princípio do *ne bis in idem*, pois a r. sentença aumentou a pena base em 1/6 em razão da quantidade de drogas e por a mesma razão não aplicou a redução no patamar máximo prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11343/2006" (e-STJ, fls. 1-16).

Requer a concessão da ordem para "a incidência da causa de diminuição prevista no § 4º ao art. 33 da Lei 11.343/06 no patamar máximo, bem como a fixação do regime aberto, com a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos" (e-STJ, fl. 16).

A liminar foi indeferida (e-STJ, fls. 46-48).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo "não conhecimento do *habeas corpus* e pela não concessão da ordem de ofício" (e-STJ, fls. 83-94).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 329.035 - SP (2015/0158605-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : VIVIAN MARIA LOPES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO SILVA DO CARMO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTOS VÁLIDOS PARA A MODULAÇÃO DO ÍNDICE DE REDUÇÃO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). DESPROPORCIONALIDADE. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA VALORADOS NA TERCEIRA FASE. MODO INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. MEDIDA INSUFICIENTE. 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 a justificar a concessão da ordem de ofício.
2. Segundo reiterada jurisprudência dos Tribunais Superiores, a quantidade e a natureza da droga apreendida podem ser sopesadas na definição do índice de redução da pena pela incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 ou, até mesmo, para impedir a aplicação da referida minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. Precedentes.
3. No caso, a instância antecedente, dentro do critério de discricionariedade vinculada do julgador na individualização da pena, estabeleceu o patamar de redução em 1/2, com fundamento na variedade e na expressiva quantidade de droga apreendida (200,5g de maconha e 8,5g de cocaína), o que não se mostra desproporcional.
4. Estabelecida a pena definitiva em 2 anos e 11 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, 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 quantidade da droga apreendida com o paciente, que denotam contornos de maior gravidade ao tráfico ilícito de drogas. Precedente.
6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de estabelecer o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade.



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 a justificar a concessão da ordem de ofício.

Nesse contexto, passo ao exame das supostas ilegalidades apontadas pela defesa. O Juízo de 1º grau procedeu à individualização da pena nos seguintes termos:

"[...] Passo a dosar a pena. Em que pese a primariedade, a pena-base é incrementada de 1/6 por conta da variedade e quantidade razoável de entorpecente apreendida. O art. 42, da Lei de Drogas, implica esse aumento, vez que preponderam tais circunstâncias com relação às demais. Há, na segunda fase, a atenuante da menoridade, o que permite o retorno da pena ao patamar mínimo. E na terceira existe a causa de aumento do art.40, inciso VI, da lei em tela, para fins de incremento de 1/6 na pena, seguida da causa de diminuição do parágrafo 4º, da mesma lei, e que viabiliza, - atentando-se à maior quantidade e variedade de entorpecentes uma redução intermediária na reprimenda que totaliza, ao final, dois anos e onze meses de reclusão, além de duzentos e noventa e dois dias-multa, no piso. O regime inicial de cumprimento da pena deve ser o fechado. Entendo que esse é o único compatível com a devida prevenção e repreensão da conduta do jovem que optou pelo cometimento de um crime equiparado a hediondo, e que é considerado o grande mal atual da sociedade. Ressocialização paulatina deverá ser mostrada no sistema progressivo, sendo imprescindível, contudo, dada a condenação, um rigor maior na contenção do perfil. E por tudo é que entendo inviável a substituição da reprimenda corporal nessa espécie de delito, compreendendo que a medida é exigente de responsabilidade que não se mostra em um perfil que comete a traficância em detrimento da saúde pública e paz das famílias. [...]" (e-STJ, fl. 22, grifos no original.)

O Tribunal *a quo*, por sua vez, deu parcial provimento ao apelo defensivo, apenas para reduzir a pena de multa, tornando-a definitiva em 291 (duzentos e noventa e um) mantendo, no mais, a r. sentença de primeiro grau, por seus próprios e jurídicos fundamentos, nos seguintes termos:

"[...]"

Portanto, a condenação era mesmo imperativa e foi bem decretada.

Entrementes, comporta a dosimetria pequena modificação, embora sem reflexo na reprimenda final.

Não pode prevalecer, na primeira fase, o acréscimo determinado pela MMA. Juíza sentenciante, pois a quantidade de droga apreendida, como se verá, servirá de lastro para a negativa da causa especial de diminuição de pena em sua fração mais benéfica.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em razão disso e considerada a ausência de antecedentes criminais, retorno a pena de partida ao mínimo legal.

Ao depois, na segunda fase, inexistiram circunstâncias agravantes e atenuantes que devessem ser consideradas. Anote-se que a menoridade do acusado não tem o condão de propiciar a redução da pena aquém do patamar mínimo.

[...]

O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já assentou o entendimento de que 'a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal' (Súmula n. 231).

Na terceira e última fase da dosimetria, correta a elevação da pena em 1/6 (um sexto), pois ficou efetivamente delineada a pertinência da causa de aumento de pena atinente ao envolvimento de adolescente na prática criminosa, haja vista que, além das versões dos policiais civis, o próprio menor admitiu que estava realizando o tráfico juntamente com o acusado, tanto que indicou o local em que as drogas estavam escondidas.

Ainda na mesma fase, foi o apelante indevidamente beneficiado, pois não era o caso sequer de reconhecimento da causa especial de diminuição de pena do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Apesar de primário e sem antecedentes criminais, a considerável quantidade de droga apreendida obstava o reconhecimento do aludido redutor, pois não é suficiente o mero preenchimento objetivo dos requisitos preconizados no aludido dispositivo legal primariedade, bons antecedentes e não dedicação às atividades criminosas ou participação em organização criminosa para que seja declarado o direito à diminuição da pena.

Há, também, necessidade da fiel observância do artigo 42, da Lei nº 11.343/06, que estabelece que a natureza e a quantidade da substância ou produto entorpecente devem ser consideradas, com preponderância, sobre o que dispõe o artigo 59, do Código Penal, permitindo, por isso mesmo e por antítese ao primeiro dispositivo (artigo 42), até mesmo a negativa da redução.

Assim, além das circunstâncias pessoais favoráveis (artigo 59, do CP) e por oposição à regra do artigo 42, da Lei de Drogas, não pode ser excessiva, como na hipótese dos autos, a quantidade de entorpecente apreendida e ilegalmente comercializada, sob pena de inaplicabilidade do redutor em questão.

E não se pode perder de vista que foram confiscadas 200,5g de maconha e 8,5g de cocaína (peso líquido), quantidade suficiente para atingir a um número muito grande de consumidores, quicá crianças e adolescentes.

Contudo, se a circunstância da elevada quantidade servir, como aqui se viu, para a aplicação do redutor em patamar diverso do máximo, não pode, ao mesmo tempo, funcionar como supedâneo para a majoração da pena de partida, sob pena de ocorrência de censurável *bis in idem*.

À míngua, porém e infelizmente, de inconformismo externado pelo Ministério Público, mantenho a redução da pena do acusado em 1/2 (metade), em obediência ao princípio que veda o *reformatio in pejus*.

Com isso, ausentes outras causas modificadoras aplicáveis, conservo a pena reclusiva do apelante na forma como fixada na r. sentença.

Entrementes, merece reparo a dosimetria, tão somente, no que toca à reprimenda pecuniária, a fim de se corrigir o equívoco atinente à quantidade de dias-multa, que deve ser estabelecida em 291 (duzentos e noventa e um) e não como constou (292).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O regime de cumprimento de pena, por seu turno, foi estipulado com correção.

A Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, modificando disposição da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), estatuiu, de maneira expressa, em seu artigo 2º, § 1º, que as penas relativas aos crimes previstos no *caput* deste artigo entre eles o tráfico ilícito de entorpecentes serão cumpridas inicialmente em regime fechado, como acertadamente estabeleceu a nobre magistrada sentenciante.

Não se desconhece, é bem verdade, que o plenário do Pretório Excelso, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 111.840/ES, declarou *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90 com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007.

Entretanto, como é notório, dito julgamento não tem efeito *erga omnes*, razão pela qual sua aplicação não é imediata e automática.

E isso é, ao revés do que possa parecer, nitidamente salutar, pois evita a estagnação da produção intelectual em primeira e segunda instâncias, permitindo a criação e evolução jurídica no país.

Convém rememorar, ademais, que a conduta efetivamente perpetrada pelo acusado não pode ser tida como de menor desvalor ou de reduzida lesividade social, compatível com o cumprimento de pena no regime intermediário ou no mais benéfico, haja vista que em ambos os casos teria ele a possibilidade de convívio social imediato (regime aberto) ou esporádico (semiaberto, com as saídas temporárias), para o que, à evidência, não está apto, mercê da nocividade indiscutível do crime que cometeu.

Além do mais e no caso específico destes autos, observo que as circunstâncias judiciais são amplamente desfavoráveis ao apelante, já que traficava, de maneira ousada e irresponsável, em plena luz do dia, na capital da cidade de São Paulo, variadas e nocivas substâncias entorpecentes, em quantidade expressiva, colocando em risco toda a população, especialmente a mais jovem e indefesa, tanto que, não mais suportando a sua ação criminoso, denunciou-o à polícia anonimamente, mercê de esperada e temida represália.

Sua conduta, como nitidamente se vê, revelou periculosidade concreta e efetiva, pois geradora de desassossego e intranquilidade social latente, tudo de modo a justificar o regime inicial de cumprimento de mais rigoroso.

Assim, afigura-se totalmente inviável a imposição de regime inicial diverso do fechado, nos casos em que o agente é processado e condenado por crime de tráfico ilícito de entorpecentes, sobretudo nas condições como as observadas nestes autos.

Inconcebível, pelos mesmos motivos, mercê da periculosidade real anteriormente assinalada, a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos.

Como se já não fosse o bastante, punir o traficante, mesmo que eventual ou de pequeno porte, com penas restritivas de direitos, macula o sistema preventivo e repressivo do nosso direito positivo, sobretudo pela periculosidade social presumida decorrente de tais crimes, incompatíveis, até mesmo e como já sublinhando, com o cumprimento da pena em regime diferente do fechado. [...]" (e-STJ, fls. 24-42.)

Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei 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 dos Tribunais Superiores, 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, para impedir a 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).

Entretanto, conforme entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, no ARE 666.334/MG (Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014), está vedada a utilização, cumulativa, da natureza e da quantidade da droga, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, sob pena de *bis in idem*.

No caso, verifica-se que, embora o Juiz sentenciante tenha valorado em duplicidade a quantidade de substância entorpecente apreendida, o Tribunal *a quo*, no apelo defensivo, procedeu à revisão do cálculo da pena e considerou tal circunstância apenas na terceira etapa, afastando, assim, o *bis in idem* constatado.

Desse modo, não se identifica o aventado constrangimento ilegal sustentado pela defesa, pois a Corte estadual, em consonância com a jurisprudência desta Corte, aplicou a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 1/2, com fundamento na natureza e na quantidade da droga apreendida (200,5g de maconha e 8,5g de cocaína).

Com efeito, devidamente motivada a escolha do patamar de redução, uma vez que consideradas circunstâncias elencadas legalmente como preponderantes (art. 42 da Lei de Drogas), a alteração desse *quantum* é questão afeta à atividade discricionária do julgador, que só pode ser revista quando constatada sua desproporcionalidade, o que não é o caso dos autos.

A respeito, os seguintes precedentes que respaldam esse entendimento:

"[...] 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.)

"[...] 1. 'A dosimetria da pena obedece a certa discricionariedade, porque o Código Penal não estabelece regras absolutamente objetivas para sua fixação' (AgRg no AREsp 499.333/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgado em 07/08/2014). Não demonstrado o abuso no exercício dessa discricionariedade, não há como prover recurso se nele a parte objetiva a 'mera substituição do juízo subjetivo externado em decisão fundamentada, dentro dos parâmetros cominados pela lei' (STJ, AgRg no HC 267.159/ES, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 24/09/2013; STF, HC 125.804/SP, Rel. Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 24/02/2015; RHC 126.336/MG, Rel. Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 24/02/2015) - ou se a análise do pedido de redimensionamento da pena necessariamente implicar no revolvimento do conjunto fático-probatório. Como é cediço, "os Tribunais Superiores resolvem questões de direito e não questões de fato e prova" (STF, RHC 113.314/SP, Rel. Ministra Rosa Weber; Súmula 7/STJ; Súmula 279/STF)." (AgRg no AREsp 626.560/SP, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO, Desembargador convocado do TJ/SC, QUINTA TURMA, DJe 15/6/2015.)

Quanto ao regime prisional, identifica-se o alegado constrangimento ilegal suportado pelo paciente.

É importante ressaltar que a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e os a eles equiparados não mais subsiste, diante da inconstitucionalidade do disposto no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, declarada 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.

Na espécie, observa-se que o Tribunal de origem, para manter o regime inicial fechado, além de tecer considerações genéricas acerca da gravidade do crime de tráfico de drogas, considerou a maior reprovabilidade concreta do comportamento do agente, revelada na quantidade e na diversidade da droga apreendida, assim como no fato de a disseminação do entorpecente ter sido praticado em plena luz do dia. Contudo, embora tais circunstâncias sejam fundamentos válidos para a escolha do regime mais severo, nos termos da jurisprudência desta Corte, o modo inicial fechado mostra-se desarrazoado considerando as demais balizas favoráveis ao paciente.

Assim, estabelecida a pena definitiva em 2 anos e 11 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 variedade da droga apreendida, elencadas legalmente como circunstâncias preponderantes.

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)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 no § 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na hipótese, utilizada a quantidade e a natureza da droga para justificar a escolha da fração da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no patamar de metade, as circunstâncias do crime não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP).

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 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 necessário 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.)

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. **Concedo** a ordem, de ofício, tão somente, a fim de fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena reclusiva.
É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0158605-7

HC 329.035 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00366449820148260050 366449820148260050 8852014

EM MESA

JULGADO: 19/04/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

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

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : VIVIAN MARIA LOPES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO SILVA DO CARMO

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.