



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 374.865 - SP (2016/0271218-1)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIELLY SALVIANO PEREIRA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DANIEL ANTONIO ALMEIDA DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PELO TRÁFICO PRIVILEGIADO, PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E NOCIVIDADE DA DROGA APREENDIDA QUE JUSTIFICAM A FRAÇÃO ESCOLHIDA. REPRIMENDA MANTIDA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. FRAÇÃO REDUTORA INTERMEDIÁRIA, TENDO EM VISTA A QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. NOCIVIDADE DA DROGA. GRAVIDADE CONCRETA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *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.

– Esta Corte vem decidindo que a quantidade, a nocividade e a variedade dos entorpecentes apreendidos são fundamentos idôneos a ensejar a escolha da fração redutora, prevista para a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

– 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o acórdão recorrido aponta a necessidade de uma maior repressão do delito, ante a sua gravidade concreta, evidenciada, no caso, pela quantidade e nocividade do entorpecente apreendido (*crack*). Precedentes.

– O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

– Ademais, a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta requer fundamentação específica, baseada em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719 do STF.

– No caso, uma vez que o paciente é primário e lhe foi aplicada a pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, deve ser fixado o regime inicial intermediário, tendo em vista a gravidade concreta do delito, evidenciada pela nocividade da droga apreendida, elemento que, inclusive, justificou a escolha da fração redutora de 1/2 pelo tráfico privilegiado. Aplicação dos art. 33, § 3º, do CP e art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

– O Supremo Tribunal Federal, ao analisar o HC n. 97.256/RS, reconhecendo a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, passou a admitir a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

– Na espécie, porém, embora adimplido o requisito objetivo previsto no art. 44, I, do CP, a nocividade do entorpecente apreendido não recomenda a substituição da pena, nos termos do inciso III do art. 44 do CP, circunstância que foi ressaltada pelo Tribunal *a quo*. Precedentes.

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar ao paciente o regime inicial 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, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Mussi.
Brasília (DF), 20 de abril de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 374.865 - SP (2016/0271218-1)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIELLY SALVIANO PEREIRA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DANIEL ANTONIO ALMEIDA DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de DANIEL ANTONIO ALMEIDA DA SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0016618-45.2015.8.26.0050.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito previsto no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006 às penas de 3 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 333 dias-multa, pois trazia consigo e guardava, para entrega e consumo de terceiros, em desacordo com determinação legal, 268,7 gramas de *crack*.

Inconformada com a sentença, apelou a defesa e o Tribunal *a quo* proveu parcialmente o recurso para reduzir a pena aplicada para 2 anos e 6 meses de reclusão, e 250 dias-multa, mantidos os demais termos da sentença, conforme acórdão de fls. 34/39.

Na presente impetração, a defesa sustenta haver constrangimento ilegal na aplicação do disposto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, porquanto foi reduzida a pena em fração inferior a 2/3, sem fundamentação idônea. Aduz que *o entendimento firmado encontra-se em dissonância com a mais atualizada jurisprudência, notadamente da Suprema Corte, a qual tem considerado que a quantidade e diversidade da droga, por si só, não é motivo que inviabilize a redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 (fl. 2).*

Aponta, ainda, ausência de motivação para a manutenção do regime fechado, uma vez que o paciente é primário e já foi declarada *a inconstitucionalidade da regra legal constante do §1º do art. 2º da Lei 8.072/90 (com a redação dada pela Lei*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.464/07) (fl. 3).

Por fim, reitera que o paciente faz jus ao benefício da substituição da pena, na forma do art. 44 do Código Penal.

Diante disso, pede, liminarmente, a fixação de regime inicial menos gravoso e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e, no mérito, que seja aplicado o art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 em seu grau máximo, fixado regime inicial mais brando e substituída a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 40/42).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem para que seja fixado o regime inicial semiaberto (fls. 107/109).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 374.865 - SP (2016/0271218-1)

VOTO

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

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpre analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, 1ª Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, 4ª Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Como já consignado no relatório, busca a defesa a redução da pena pela aplicação do redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração máxima, a fixação de regime inicial mais brando, bem como a substituição da pena corporal.

Como já consignado no relatório, busca a defesa a aplicação da fração máxima redutora pelo tráfico privilegiado, por entender que a quantidade e diversidade das drogas apreendidas não pode ser utilizada para modular a fração redutora.

Na espécie, o Tribunal *a quo* estabeleceu a pena-base do delito de tráfico de entorpecentes no mínimo legal de 5 anos de reclusão. Na segunda fase, não houve alteração da pena. Por fim, na etapa derradeira, foi reconhecido o privilégio, reduzindo-se a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena em 1/2, considerando, para tanto, o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, em razão da quantidade de droga apreendida, alcançando a sanção o montante definitivo de 2 anos e 6 meses de reclusão (fl. 33).

Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

Por outro lado, na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o *quantum* da redução mencionada, 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 incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

Na espécie, observa-se que as instâncias ordinárias reconheceram o tráfico privilegiado em favor do paciente, mas, diante da quantidade e da nocividade da droga apreendida, qual seja, 268,7 gramas de crack, entendeu que a fração redutora de 1/2 é a que mais se amolda à hipótese, não havendo, portanto, que se falar em coação ilegal, pois houve fundamentação concreta e em consonância à jurisprudência desta Corte.

Assim, tendo a escolha da fração redutora de 1/2 lastreado-se em fundamentação idônea, que apontou a gravidade concreta do delito, a ensejar a necessidade de uma redução menor do *quantum* da pena, para uma efetiva prevenção e repressão do tipo penal violado, entendo que alterar a conclusão a que chegou o Tribunal de origem implica, sem dúvida, revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do *habeas corpus*.

A propósito, destaco:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. INTERROGATÓRIO DO ACUSADO NO INÍCIO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. INOCORRÊNCIA. LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06). QUANTUM DE REDUÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROPORCIONAL. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. REGIME SEMIABERTO. ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL - CP E ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. VEDAÇÃO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44, INCISO III, DO CP. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

3. Os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias para aplicar ao caso concreto a fração de 1/2 da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, em razão da natureza da droga apreendida (20 pedras de "crack"), está em consonância com o entendimento deste Tribunal.

(...)

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime inicial semiaberto. (HC 348.709/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2016, DJe 15/08/2016) - grifei.

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006 E ART. 180, CAPUT, CP. 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 DE 1/2 UTILIZADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria caso se trate de flagrante ilegalidade e não seja necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório. Vale dizer, "o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de habeas corpus, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita" (HC n. 39.030/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves, DJU de 11/4/2005).

II - Não pode ser aplicada a fração máxima de redução contida no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 em sua fração máxima, quando o acórdão recorrido fundamenta o patamar escolhido, de modo concreto, na quantidade da droga apreendida.

III - De mais a mais, modificar a conclusão a que chegou a instância ordinária implica, sem dúvida, revolver o acervo fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Habeas corpus não conhecido. (HC 379.049/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 21/03/2017) - grifei.

Quanto ao regime prisional, sabe-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

O regime de cumprimento de pena mais gravoso até pode ser estabelecido, mas, para tanto, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:

Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Nesse mesmo sentido, as Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, *in verbis* :

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

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

No caso, o Tribunal *a quo* manteve o regime inicial fechado, mais gravoso do que a pena de 2 anos e 6 meses comporta, com lastro na apontada hediondez do delito – fundamento que, como visto, não pode prevalecer –, e na nocividade da droga apreendida (fl. 34).

A quantidade e a natureza do entorpecente apreendido – 268,7 gramas de crack –, sopesados na terceira fase da dosimetria, justificam a fixação do regime intermediário, na esteira do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal e consoante o entendimento firmado acerca do tema por esta Corte.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.340/2006. QUANTUM DA DIMINUIÇÃO DA DIMINUIÇÃO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. RAZOABILIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO. ILEGALIDADE. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

3. O quantum da condenação (2 anos e 6 meses), a primariedade, a as circunstâncias judiciais favoráveis e a quantidade e a natureza da droga apreendida (45,3g de cocaína) permitem ao paciente iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime semiaberto, conforme art. 33, § 2º, alínea b, do CP, c/c art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto (HC 310.633/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 25/11/2015).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADA À PENA CORPORAL DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME PRISIONAL FECHADO. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE PRIMÁRIA E CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO QUE NÃO LEVAM À CONCLUSÃO DA DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES ILÍCITAS. RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO. VARIEDADE E NOCIVIDADE DE UMA DAS DROGAS APREENDIDAS. FRAÇÃO REDUTORA DE 1/3 APLICADA. PENA REDUZIDA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A 4 ANOS. NOCIVIDADE DO ENTORPECENTE QUE POSSIBILITA A FIXAÇÃO DO REGIME INTERMEDIÁRIO.

SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE NÃO RECOMENDAM O BENEFÍCIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. ACÓRDÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO PARA ACUSAÇÃO E DEFESA. CASSADA LIMINAR ANTERIORMENTE DEFERIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

- Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organização criminosa. Contudo, na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução retromencionada, 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 incidência da minorante, quando evidenciarem, juntamente com as circunstâncias do delito, a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. Precedentes.

- Hipótese em que a quantidade das drogas apreendidas não foi tão elevada a ponto de indicar, juntamente com as circunstâncias do delito, a dedicação da acusada, que é primária, às atividades ilícitas, de modo que a fundamentação utilizada pelo acórdão recorrido não se sustenta para, no caso em tela, afastar a figura do tráfico privilegiado. - Reconhecido o privilégio em favor da paciente, a pena provisória deve ser reduzida, na terceira etapa, na fração de 1/3, uma vez que, embora a quantidade da droga não tenha sido muito elevada, o caso trata do tráfico de duas espécies de drogas, sendo uma delas bastante nociva - cocaína -, o que enseja uma maior resposta estatal no momento da dosimetria da pena, ante a gravidade concreta do delito. Precedentes.

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

- O regime de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena comporta pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719/STF.

- Na espécie, consigne-se que, embora a paciente seja primária e a pena de 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão comporte, em princípio, o regime aberto, o regime intermediário, qual seja, o semiaberto, é o que mais se amolda ao caso concreto, ante a nocividade de uma das drogas apreendidas - cocaína -, elemento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que, inclusive, justificou a escolha da fração redutora de 1/3 pelo tráfico privilegiado. Precedentes.

- No que tange à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ao analisar o HC n. 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir tal possibilidade, nos termos do art. 44 do Código Penal, reconhecendo a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, por meio da Resolução n. 5/2012.

- Ainda que o quantum de pena fixado seja inferior a 4 anos, a nocividade de um dos entorpecentes apreendidos não recomenda a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. Precedentes.

- Quanto à expedição de mandado de prisão antes do trânsito em julgado, sabe-se que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 17/2/2016, no julgamento do HC n. 126.292/SP, decidiu, por maioria de votos, que a execução provisória da pena não afronta o princípio constitucional da presunção de inocência, de modo que, confirmada a condenação por colegiado em segundo grau, e ainda que pendentes de julgamento recursos de natureza extraordinária (recurso especial e/ou extraordinário), a pena poderá, desde já, ser executada.

- Consoante informação obtida junto ao site do Tribunal de origem, verifica-se que o acórdão recorrido transitou em julgado para acusação e defesa, respectivamente, em 16/12/16 e 10/11/16, não havendo, portanto, mais que se falar em execução provisória da pena.

Logo, é de ser cassada a liminar anteriormente deferida, que havia suspenso os efeitos da ordem de prisão consignada no acórdão da apelação, determinando a expedição de contramandado de prisão.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida ex officio, para, cassando a liminar deferida, reconhecer o privilégio e, em decorrência, reduzir as penas da paciente para 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 388 dias-multa (HC 385.243/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2017, DJe 28/03/2017).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. PLEITO DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS A FIGURAR EM DEMÉRITO DO PACIENTE. REGIME FECHADO. DESPROPORCIONALIDADE. PENA INFERIOR A 4 ANOS. REGIME SEMIABERTO. RAZOABILIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM, EM MENOR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EXTENSÃO, RATIFICADA A LIMINAR DEFERIDA.

1. Não obstante a reprimenda final seja inferior a 4 anos de reclusão, é inviável a imposição do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, diante da existência de elementos concretos a figurar em demérito do paciente. Desproporcional, entretanto, a fixação do regime inicial fechado, tendo em vista o quantum da pena imposta, a saber, 2 anos e 11 meses de reclusão, sendo razoável, pois, a imposição do regime inicial intermediário.

2. Habeas corpus concedido, em menor extensão, ratificada a liminar outrora deferida, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda corporal imposta ao paciente nos autos da Ação Penal n.º 0006181-08.2016.8.26.0050.

(HC 377.012/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 23/03/2017)

No que tange à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ao analisar o HC n. 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir tal possibilidade, nos termos do art. 44 do Código Penal, reconhecendo a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, através da Resolução n. 5/2012.

Assim, a substituição da pena corporal por penas restritivas de direitos pode ser estabelecida para o delito de tráfico de entorpecentes, mas, para tanto, é necessário que o acusado preencha os requisitos legais elencados no art. 44 do Código Penal.

Esta Corte Superior de Justiça tem decidido, por outro lado, que a quantidade e a natureza da droga apreendida podem, associadas aos demais elementos constantes do processo, interferir na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Na hipótese em análise, a quantidade e a nocividade das drogas apreendidas não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, consoante o disposto no art. 44, III, do CP, não havendo, portanto, qualquer ilegalidade na negativa da *benesse* em tela.

Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

(...)

6. A Suprema Corte, no HC n. 97.256/RS, também passou a admitir a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, no termos do art. 44 do Código Penal.

7. **A jurisprudência desta Corte tem entendido que a natureza, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas podem interferir na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos** (AgRg na Rcl 21.663/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/11/2014, DJe 05/12/2014).

8. **In casu, a Corte estadual, sem se alinhar àquela orientação pretoriana, valeu-se, também, da quantidade (55 invólucros) e da natureza da droga (cocaína e maconha) para vedar a substituição pretendida.**

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena. (HC 296.069/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 25/8/2015, DJe 11/9/2015).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA HEDIONDEZ DO CRIME. 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. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. NEGATIVA EM VIRTUDE DA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

- Nos termos do ressaltado pelo Tribunal a quo, embora o quantum de pena fixado seja inferior a 4 (quatro) anos, preenchendo, portanto, o requisito objetivo, a natureza e a quantidade elevada do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entorpecente apreendido - 60 pedras de crack e 47 buchas de maconha - não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Precedentes.

- *Habeas corpus não conhecido.* Ordem concedida de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto (HC 323.006/MG, desta Relatoria QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 24/11/2015).

Ante o exposto, **não conheço** do presente *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem** *ex officio*, apenas para fixar, em favor do paciente, o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0271218-1

HC 374.865 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00166184520158260050 166184520158260050 20160000436121

EM MESA

JULGADO: 20/04/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

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

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIELLY SALVIANO PEREIRA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DANIEL ANTONIO ALMEIDA DA SILVA (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, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Mussi.