



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 314.289 - SP (2015/0008456-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PAULA HUNGRIA AAGAARD
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THIAGO OZILIERI DE OLIVEIRA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 4 ANOS DE RECLUSÃO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E NOCIVIDADE DA DROGA APREENDIDA QUE JUSTIFICAM A FRAÇÃO UTILIZADA (1/5). REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA QUANTO AO REGIME MAIS GRAVOSO. PENA IGUAL A 4 ANOS. QUANTIDADE E ESPÉCIE DA DROGA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

– Deve ser mantida a fração redutora de 1/5, pelo reconhecimento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando o acórdão recorrido, dentro da discricionariedade permitida por lei, fundamenta o patamar escolhido, concretamente, na quantidade e nocividade da droga apreendida, qual seja, *64 eppendorfs* de cocaína. Ademais, alterar a conclusão a que chegaram 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

– Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas 440/STJ e 718 e 719 do STF.

– Considerando que a pena foi fixada em 4 anos de reclusão e que houve valoração favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal, mas, por outro lado, tendo em vista a não aplicação da minorante no patamar máximo de 2/3, em razão da quantidade e nocividade da droga apreendida, deve ser fixado o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, “b”, e § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

– Embora o *quantum* de pena fixado seja inferior a 4 (quatro) anos, a quantidade e a nocividade do entorpecente apreendido não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. Precedentes.

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar 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, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de março de 2016 (Data do Julgamento).

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 314.289 - SP (2015/0008456-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PAULA HUNGRIA AAGAARD
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THIAGO OZILIERI DE OLIVEIRA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de THIAGO OZILIERI DE OLIVEIRA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos da Apelação n. 0076623-38.2012.8.26.0050.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, às penas de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006 (e-STJ fls. 19/38).

Em recurso de apelação interposto pela defesa, o Tribunal de origem reformou a sentença e aplicou a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, fixando as penas definitivas em 04 (quatro) anos de reclusão, em regime fechado, e 400 (quatrocentos) dias-multa (e-STJ fls. 39/47).

Na presente impetração, a defesa alega que o paciente faz *jus* ao benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 em seu patamar máximo. Além disso, assevera que é de rigor a fixação de regime inicial de cumprimento da pena menos gravoso, por ter o acusado circunstâncias judiciais favoráveis, bem como a substituição da pena corporal por penas restritivas de direitos, por ser direito subjetivo do réu, uma vez que preenchidos os requisitos legais.

Requer-se, liminarmente e no mérito, a aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, em sua fração máxima (2/3), a fixação de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime inicial de cumprimento de pena diverso do fechado e a conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Pedido liminar indeferido (e-STJ fls. 52/54).

Informações prestadas às e-STJ fls. 64/74.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela concessão da ordem, a fim de que o regime prisional seja fixado à luz do art. 33, § 3º, do Código Penal.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 314.289 - SP (2015/0008456-0)

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 o reconhecimento da causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a fixação de regime menos gravoso para o cumprimento da pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

No caso, o Tribunal de origem, ao julgar o apelo defensivo, reconheceu a figura do tráfico privilegiado e reduziu a pena do ora paciente com base na seguinte fundamentação (e-STJ fl. 46):

No mais, a pena foi dosada com critério e estabelecida no mínimo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

legal, mas merece mesmo algum reparo no que se refere à aplicação da regra prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Isso porque, tratando-se de réu primário, sem que a prova indique que se dedique exclusivamente a atividades criminosas, tampouco que integre organização criminosa dessa natureza, tem-se como possível a incidência da causa obrigatória de diminuição de pena quando presentes as hipóteses autorizadoras.

Assim, entende-se justa e suficiente à reprovação da conduta, inclusive porque a quantidade de droga não foi utilizada para a exasperação da pena na primeira fase, a redução da pena em 1/5, o que a torna definitiva em 4 anos de reclusão e 400 dias-multa, de valor unitário mínimo.

Pela leitura do excerto acima transcrito, observa-se que o Tribunal revisor consignou que o paciente faz *jus* ao redutor do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, mas que, diante da quantidade da droga apreendida, qual seja - 64 *eppendorfs* de cocaína-, inviável reduzir a pena no patamar máximo de 2/3, sendo adequado, à espécie, o patamar de 1/5.

Assim, não verifico constrangimento ilegal a ser sanado no ponto em que foi aplicada a fração de diminuição da pena no patamar de 1/5, em prestígio à discricionariedade do julgador, que fundamentou concretamente a escolha de dito percentual, ao sopesar a quantidade da droga apreendida e as circunstâncias em que o delito ocorreu.

Sobre a possibilidade de a quantidade da droga embasar o percentual de redução nos casos de reconhecimento da figura do tráfico privilegiado, destaco os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. QUANTIDADE E NATUREZA DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NÃO CONHECIMENTO.

1. O estabelecimento do redutor na fração de 1/6 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, diante da quantidade e natureza das substâncias entorpecentes apreendidas - 19 pinos de cocaína e 10 invólucros de crack - a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006. O quantum de redução aplicado fica indene ao crivo do habeas corpus, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

(...)

4. Writ não conhecido. (HC 339.558/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016) - grifei..

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A FIGURA DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. REEXAME DE PROVAS. VIA ELEITA INADEQUADA. QUANTUM DA DIMINUIÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.340/2006. RAZOABILIDADE. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

(...)

4. No que se refere à minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, a Corte de origem aplicou a fração mínima de 1/6 (um sexto), com fundamento na variedade e na quantidade da droga apreendida, 130 (cento e trinta) pedras de crack, o que não se mostra desproporcional.

5. Esta Corte tem firmado o entendimento de que a quantidade e natureza da droga apreendida podem interferir na escolha do percentual da referida causa de diminuição, bem como para estabelecer o regime de cumprimento de pena.

6. Habeas corpus não conhecido. (HC 338.156/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 02/02/2016) - grifei.

Ademais, alterar a conclusão a que chegou as instâncias ordinárias implica, sem dúvida, revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do *habeas corpus*. Nessa linha:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. APLICAÇÃO DO REDUTOR EM PATAMAR DIVERSO DO MÁXIMO. DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO.

1. O julgador, ao aplicar o art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

deve levar em consideração os elementos concretos coligidos aos autos, especialmente a natureza, a diversidade e a quantidade de entorpecentes apreendidos, haja vista o disposto no art. 42 da referida lei, objetivando atender aos fins da reprimenda, bem como aos princípios da discricionariedade vinculada e da individualização da pena.

2. A decisão agravada, à vista dos parâmetros legais, ratificou o julgamento da Corte de origem que aplicou a minorante à razão de 1/3 (um terço), consideradas a natureza e quantidade da droga apreendida, aliadas à apreensão de balança de precisão, de agenda com diversas anotações indicando venda de entorpecentes, de pinos e saquinhos para dosagem da cocaína, e, ainda, de duas identidades com a mesma fotografia, porém com dados diferentes inseridos.

3. Compete às instâncias ordinárias aplicar a fração pertinente do redutor em cotejo com as provas trazidas aos autos. Não cabe, no presente recurso, o reexame da matéria, pois demandaria revolvimento do conjunto fático-probatório.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC 295.285/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 3/2/2015, DJe 12/2/2015) – (grifei).

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

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 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, *in verbis* :

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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* estabeleceu o regime fechado, tendo o voto condutor do acórdão assentado que (e-STJ fls. 46/74):

Em relação ao regime de cumprimento de pena, cumpre considerar que o tráfico de drogas é extremamente grave, causa indiscutível abalo à ordem pública, na medida em que o traficante consegue atingir um número elevado de pessoas, que acabam se envolvendo em outros delitos. Por isso, inclusive em face do delito ser equiparado aos hediondos, o regime inicial fechado é o que se tem como único possível.

Constata-se que o acórdão recorrido mencionou apenas a gravidade abstrata e a hediondez do delito de tráfico de entorpecentes como fundamentação para o estabelecimento do regime fechado, referências estas que devem ser afastadas como fundamento utilizado para a fixação do regime mais gravoso.

Por outro lado, na espécie, consigne-se que, embora o paciente seja primário e a pena de 4 (quatro) anos de reclusão comporte o regime aberto, entendo que o regime intermediário, qual seja, o semiaberto, é o que mais se amolda ao caso concreto, ante a quantidade e a nocividade da droga apreendida (64 *eppendorfs* de cocaína), elementos que, inclusive, serviram de base para a escolha da fração redutora pelo tráfico privilegiado em patamar inferior ao máximo.

Nessa linha:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. RETROATIVIDADE INTEGRAL DA LEI 11.343/2006. AFERIÇÃO DA LEX MITIOR. QUESTÃO NÃO DEBATIDA NO ACÓRDÃO IMPUGNADO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. COMPETÊNCIA. JUÍZO DA EXECUÇÃO. SÚMULA 611/STF. REGIME PRISIONAL. HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. PACIENTE PRIMÁRIO, CONDENADO A PENA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COM PONDERAÇÃO NEGATIVA DA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. REGIME SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. NEGATIVA EM VIRTUDE DA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTO IDÔNEO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

3. O STF, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

4. Hipótese em que as instâncias ordinárias referiram-se apenas à natureza hedionda do crime de tráfico de drogas para fixar o regime inicial fechado, o que configura constrangimento ilegal.

5. No caso, trata-se de paciente primário, condenado a pena não superior a 4 anos, com valoração negativa das circunstâncias do crime na primeira fase da dosimetria, baseada na expressiva quantidade de droga - 557,1 g de maconha -, razão pela qual faz jus ao regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

6. Não obstante a condenação não seja superior a 4 anos, preenchendo o requisito objetivo, a quantidade elevada do entorpecente apreendido - 557,1 g de maconha - não recomenda a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para alterar o regime prisional para o semiaberto. (HC 342.199/MG, deste Relator, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2016, DJe 23/02/2016) - (grifei).

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS NATUREZA. PREVISÕES LEGAIS DECLARADAS INCONSTITUCIONAIS PELO STF. FUNDAMENTO TAMBÉM COM BASE NA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA (99 INVÓLUCROS CONTENDO APROXIMADAMENTE 20 GRAMAS DE COCAÍNA). FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. CONDENAÇÃO NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO. FUNDAMENTO CONCRETO PARA A FIXAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO - O SEMIABERTO - E NÃO O FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Nos termos do entendimento firmado pelo STJ, a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar tanto a imposição do regime mais severo, quanto o indeferimento da substituição das penas, inexistindo, portanto, ilegalidade a ser sanada. Precedentes.

4. Embora válido o fundamento para o recrudesimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado, ao réu primário, condenado à pena reclusiva não superior a 4 anos - 2 anos e 6 meses - cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal, fazendo jus o paciente ao regime semiaberto.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva. (HC 338.541/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 07/12/2015) - (grifei).

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.

O Tribunal revisor não aplicou o art. 44 do CP, tendo o voto condutor do acórdão disposto que *tampouco é o caso de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois além da expressa vedação legal (art. 44, inciso I, do Código Penal), o traficante, longe de ser agraciado com os benefícios reservados a crimes menos graves, deve ser retirado da sociedade, cada vez mais temerosa e abalada com o avanço da criminalidade*" (e-STJ fl. 47).

Observa-se, assim, que foi indeferida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos com fundamento na gravidade abstrata do crime de tráfico de entorpecentes, configurando, assim, constrangimento ilegal suscetível de controle por esta via constitucional.

Contudo, entendo que as circunstâncias do caso concreto não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

De fato, embora o *quantum* de pena fixado seja igual a 4 (quatro) anos, preenchendo, portanto, o requisito objetivo do art. 44, I, do Código Penal, observo que as circunstâncias do caso concreto, a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido não recomendam a substituição.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO. NÃO CABIMENTO. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. QUANTIDADE E VARIEDADE DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. (...)

4. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar o disposto no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal. 5. A despeito de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis e de a pena ter sido fixada em 3 anos e 4 meses de reclusão, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas em poder do paciente, também utilizadas para o fim de fixar o regime prisional, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, admitem o cumprimento inicial da sanção no regime semiaberto.

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

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

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

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena. (HC 296.069/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Turma, julgado em 25/8/2015, DJe 11/9/2015) - (grifei).

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

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0008456-0

HC 314.289 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00766233820128260050 20140000594561 766233820128260050

EM MESA

JULGADO: 15/03/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PAULA HUNGRIA AAGAARD
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THIAGO OZILIERI DE OLIVEIRA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.