



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 385.243 - SP (2017/0005828-9)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : LILIAN MOTA DA SILVA
ADVOGADOS : LILIAN MOTA DA SILVA - SP275890
LAIS NAKED ZARATIN - SP288002
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BRUNA CARAM GARCIA

EMENTA

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

integrarem 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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de março de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 385.243 - SP (2017/0005828-9)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : LILIAN MOTA DA SILVA
ADVOGADOS : LILIAN MOTA DA SILVA - SP275890
LAIS NAKED ZARATIN - SP288002
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BRUNA CARAM GARCIA

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de BRUNA CARAM GARCIA, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido nos autos da Apelação n. 0070103-96.2011.8.26.0050.

Consta dos autos que, em primeiro grau, a paciente foi condenada à pena corporal de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, substituída a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, por infração ao art. 33, § 4.º, c/c o art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/2006 (fls. 52/55).

Irresignada, a acusação apelou e o Tribunal *a quo* deu provimento ao recurso ministerial, reformando a sentença, para readequar a pena imposta, *fixando-a, agora, em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, com multa no importe de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, afastada a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, fixando-se o regime inicial fechado para o cumprimento da pena* (fl. 35). O acórdão recebeu a seguinte ementa (fl. 36):

TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS - Ré beneficiada com a aplicação da causa especial de diminuição de pena do § 4º do artigo 33 da Lei Antidrogas, bem como com a fixação do regime aberto e substituição da corporal por duas restritivas de direitos - Recurso da acusação objetivando a condenação da acusada sem quaisquer benesses e com o reconhecimento da majorante do artigo 40, III, da lei em comento - Recurso provido para se reconhecer a majorante, afastar a causa especial de diminuição de pena, a substituição por restritivas de direitos e fixar o regime inicial fechado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Defende a impetrante, em suma, que a paciente *"não demonstra nenhuma periculosidade para com a sociedade, bem como sempre trabalhou, desde 2009, ou seja, há mais de 07 anos no mesmo serviço e em momento algum deu qualquer motivo para que fosse decretada sua prisão, pois, compareceu a todos os atos processuais quando chamado, bem como ajudou a Justiça inteiramente, confessando a prática delitiva e assumindo sua responsabilidade (fl. 19).*

Considera, assim, que a ordem de *habeas corpus* deve ser liminarmente concedida para restabelecer a pena aplicada pelo juízo processante em 01 ano e 08 meses de reclusão, bem como o regime inicial de cumprimento da pena para o ABERTO, devendo ser mantida a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (fl. 19).

Ao final, pede a concessão da ordem para que a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 seja aplicada em seu patamar máximo, redimensionando-se a pena da paciente, além do estabelecimento do regime aberto e da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Pedido liminar deferido em parte, tão somente para suspender os efeitos da ordem de prisão consignada no acórdão da apelação n.º 0070103-96.2016.8.26.0050, até o esgotamento das instâncias ordinárias, determinando a expedição de contramandado de prisão (fls. 52/55).

Informações prestadas às fls. 65/82.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela concessão *ex officio* da ordem, apenas para modificar o regime de cumprimento da pena para o semiaberto (fls. 87/91).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 385.243 - SP (2017/0005828-9)

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.

Cumpra 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, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Quarta Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta 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 da 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-se o restabelecimento da aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, em seu patamar máximo, redimensionando-se a pena da paciente, com a consequente fixação do regime aberto e a aplicação do art. 44 do CP.

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.

No caso, o sentenciante condenou a ora paciente à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, §



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4º, da Lei n. 11.343/2006, substituída a pena corporal por medidas restritivas de direitos.

O Tribunal de origem, por seu turno, ao dar provimento ao apelo ministerial, manteve a pena-base no piso legal, mas afastou o reconhecimento da minorante prevista no § 4º do art. 33 da lei n. 11.343/2006 e majorou a pena em 1/6, ante a causa de aumento prevista no art. 40, III, do mesmo diploma legal, alcançando a sanção o montante definitivo de 5 anos e 10 meses de reclusão. O voto condutor do acórdão recorrido consignou que (fls. 74/78):

A pena-base foi fixada no mínimo legal pelo juízo monocrático, vale dizer, em 5 (cinco) anos de reclusão e multa de 500 (quinhentos) dias-multa, sendo inviável a redução da pena pela confissão aquém do mínimo legal, nos termos da Súmula 231 do STJ.

Ausentes outras atenuantes ou agravantes, já na terceira fase da dosimetria, a reprimenda foi reduzida em 2/3 (dois terços) em virtude o reconhecimento do “privilégio” do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06.

No entanto, a quantidade e variedade de estupefacientes impedem a concessão do benefício, haja vista que a acusada foi surpreendida trazendo no interior de sua vagina dois invólucros plásticos contendo 96,9g de cocaína e 103,2g de maconha, devendo ser afastado o redutor, tal como pleiteado pelo parquet, tendo em vista que a acusada não teria acesso aos entorpecentes se não houvesse seu envolvimento com a criminalidade organizada e sua dedicação a atividades criminosas.

(...)

Convém lembrar que no caso em análise não houve a majoração da pena-base com fundamento na quantidade e variedade de drogas, não havendo se falar em ofensa ao princípio do “ne bis in idem”.

O entendimento desta C. 11ª Câmara de Direito Criminal não discrepa:

“E o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 deve ser excluído. A grande quantidade de maconha (1.677 gramas), em forma de tijolos e porções grandes, indica a existência de estrutura organizada e de habitualidade, não sendo razoável imaginar que o acusado agisse isoladamente.

E na esteira de precedente do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça tem afastado a incidência do redutor de que trata o artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, em situações como esta retratada aqui.

(...)

De se observar, ainda, que, apesar de ter reconhecido na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentação a majorante do artigo 40, III, daquele mesmo diploma legal, o juiz singular não a considerou no cálculo da pena, devendo ser provido o recurso da acusação também neste sentido.

Isto posto, de rigor a majoração da pena-base em um sexto (1/6) na terceira fase da dosimetria, perfazendo, em definitivo, 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, com multa no importe de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

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 a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

Logo, a quantidade, a variedade e a nocividade da droga, bem como as circunstâncias nas quais foi apreendida, são elementos que evidenciam a dedicação à atividade criminosa e, em decorrência, podem embasar o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Na espécie, pela leitura do excerto acima transcrito, infere-se que o Tribunal de origem não aplicou o privilégio, destacando, para tanto, a quantidade e a variedade dos entorpecentes apreendidos (96,9g de cocaína e 103,2g de maconha).

Contudo, entendo 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.

Portanto, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Em decorrência, mantidos os critérios utilizados pelo Tribunal de origem na primeira e segunda fases da dosimetria, com penas provisórias fixadas em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, reduzo a sanção em 1/3, diante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, redimensionando as penas da paciente para o montante de 3 anos e 4 meses de reclusão e 333 dias-multa. Por fim, presente a causa de aumento do art. 40, III, do mesmo diploma legal, mantenho o aumento de 1/6, **alcançando a sanção o patamar definitivo de 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão e 388 dias-multa.**

Nessa linha:

(...)

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO PELA INSTÂNCIA DE ORIGEM. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. O § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) não integre organização criminosa.

2. Em razão da natureza e da quantidade da droga apreendida, torna-se inviável a incidência da causa de diminuição em seu patamar máximo, mostrando-se razoável e proporcional ao caso concreto a aplicação da benesse na fração de 1/3 (um terço).

(...)

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de reduzir a pena para 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e multa e alterar o regime inicial para o aberto. (HC 364.324/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 04/10/2016) - grifei.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE CONDENADA À PENA CORPORAL DE 5 ANOS E 10 MESES DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. NÃO APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. ACUSADA PRESA COM PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO QUE NÃO LEVAM À CONCLUSÃO DA DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES ILÍCITAS. RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO. NOCIVIDADE DE UMA DAS DROGAS APREENDIDAS. FRAÇÃO DE 1/3 APLICADA. PENA REDUZIDA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A 4 ANOS. NOCIVIDADE QUE POSSIBILITA A FIXAÇÃO DO REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE NÃO RECOMENDAM O BENEFÍCIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

- *No caso, sendo a paciente primária e tendo em vista a pequena quantidade das drogas apreendidas, não há elementos concretos a indicar, juntamente com as circunstâncias em que ocorreu o delito, que integre organização criminosa ou dedique-se às atividades ilícitas. Precedentes.*

- *Reconhecido o tráfico privilegiado, a pena provisória deve ser reduzida na fração de 1/3, diante da nocividade de uma das drogas apreendidas (crack), que aponta a gravidade concreta do delito. Precedentes.*

(...)

- *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, redimensionando-se as penas da paciente para 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 388 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação. (HC 374.437/SP, deste Relator, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 21/02/2017) - grifei.*

Em relação ao regime prisional, 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.

Dessa forma, para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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, considerando o redimensionamento da pena corporal para 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, a primariedade da acusada e a análise favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal, mas, por outro lado, tendo em vista a nocividade de uma das drogas apreendidas, que, inclusive, fundamentou a fração de 1/3 aplicada na terceira etapa da dosimetria pelo tráfico privilegiado, entendo que deve ser fixado, nos termos do art. 33, § 2º, “b”, e § 3º, do Código Penal, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, o regime semiaberto para início de cumprimento da pena da paciente.

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 medidas 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.

Na espécie, embora adimplido o requisito objetivo previsto no art. 44, I, do CP, a nocividade de um dos entorpecentes apreendidos não recomenda a substituição, nos termos do inciso III do art. 44 do CP. A propósito:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. PLEITO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. O estabelecimento do redutor na fração de 1/3 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, diante da quantidade e diversidade das substâncias entorpecentes apreendidas em poder do paciente - 2 comprimidos de ecstasy (0,6 g), 70 papелotes de maconha (101,9 g), 187 pedras de crack (56 g), 89 pinos de cocaína (82,1 g) e 10 frascos de lança-perfume - a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. Motivada de maneira concreta a fixação do quantum de aplicação do referido benefício, não há falar em ilegalidade.

2. Não obstante a reprimenda final seja inferior a 4 anos, 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, 3 anos e 4 meses de reclusão, sendo razoável, pois, a imposição do regime inicial intermediário.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena imposta ao paciente nos autos da Ação Penal n.º 0100761-64.2015.8.26.0050. (HC 379.363/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 22/02/2017) - grifei.

Por fim, 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.

No caso, quando da análise do pleito liminar, ainda não tinha se operado o exaurimento das instâncias ordinárias e, em decorrência, foi deferida a medida de urgência



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para suspender os efeitos da ordem de prisão consignada no acórdão da apelação, determinando a expedição de contramandado de prisão.

Contudo, 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.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem ex officio**, para, cassando a liminar anteriormente deferida, reconhecer o privilégio, reduzindo as penas da paciente para 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 388 dias-multa.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0005828-9

HC 385.243 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00701039620118260050 20160000731473 701039620118260050

EM MESA

JULGADO: 21/03/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LILIAN MOTA DA SILVA
ADVOGADOS : LILIAN MOTA DA SILVA - SP275890
LAIS NAKED ZARATIN - SP288002
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BRUNA CARAM GARCIA

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, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.