



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 311.664 - SP (2014/0330613-0)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PAULA MANZELLA ROMANO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARLOS AUGUSTO DE SOUSA SILVA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). QUANTUM DE REDUÇÃO. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA APREENDIDA. PROPORCIONALIDADE. MODIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO E MAIOR OUSADIA. DA CONDUTA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ART. 33, § 2º, ALÍNEA "C", DO CÓDIGO PENAL E ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. REGIME SEMIABERTO CONCEDIDO. DETRAÇÃO DO TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. Os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias para aplicar ao caso concreto a fração da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, em razão da quantidade e diversidade da droga apreendida – *19,98g de "maconha", distribuídas em 11 porções individuais; 5,27g de "cocaína" em forma de "crack", distribuídos em 22 invólucros plásticos, além de 5,23g de "cocaína", fracionadas em 15 embalagens plásticas* –, está em consonância com o entendimento desta Corte.

3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Assim, o regime prisional, nesses casos, deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do Código Penal – CP.

Embora as circunstâncias judiciais tenham sido consideradas favoráveis e o paciente seja primário, a quantidade da droga apreendida foi utilizada, na terceira fase da dosimetria, para modular a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º da Lei de Drogas, restando justificada a segregação inicial em regime mais gravoso. Todavia, considerando o *quantum* da pena aplicada – 4 (quatro) anos de reclusão –, o regime mais adequado na hipótese é o semiaberto, consoante disciplina o art. 33, § 2º, "c", e § 3º do CP.

4. As questões atinentes à detração do tempo de prisão cautelar e à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não foram apreciadas pelo Tribunal *a quo*, fincando esta Corte impedida de apreciar os temas sob pena de incidir em indesejada supressão de instância. Precedentes.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena.

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 de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de abril de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 311.664 - SP (2014/0330613-0)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PAULA MANZELLA ROMANO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARLOS AUGUSTO DE SOUSA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de CARLOS AUGUSTO DE SOUSA SILVA, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0061022-91.2012.8.26.0405).

O paciente foi condenado à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, e § 4º, da Lei n. 11.343/06 (tráfico de entorpecentes).

Em apelação interposta pela defesa, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso nos termos do acórdão, cuja ementa transcrevo a seguir, *verbis*:

Apelação - TRÁFICO DE ENTORPECENTES. Conjunto probatório suficiente para manter a condenação. Depoimento de testemunhas. Apreensão de considerável quantidade de drogas. Pena e regime prisional bem fixados. Pena de multa. Manutenção. Necessidade. Negado provimento ao apelo (fl. 79).

No presente *writ*, a impetrante sustenta que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, pois, embora primário e possuidor de bons antecedentes, as instâncias ordinárias deixaram de aplicar a fração máxima de redução prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, sem que houvesse, contudo, elementos para afastar a totalidade do privilégio.

Assevera que as circunstâncias judiciais foram-lhe favoráveis, a pena-base foi fixada no mínimo legal e diante do *quantum* da pena aplicada, deve ser fixado o regime inicial aberto, uma vez que a hediondez e a gravidade abstrata do delito não são fundamentos idôneos para justificar o agravamento do regime prisional, sob pena de afronta aos enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal – STF, bem como ao enunciado n. 440 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Sustenta, ainda, que o paciente preenche os requisitos previstos no art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

44 do Código penal, devendo a pena privativa de liberdade ser substituída por restritiva de direitos.

Alega, por fim, que deve ser efetuada a detração do tempo de prisão cautelar para fixar o regime prisional, consoante dispõe o art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

Requer, assim, a aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em seu grau máximo de 2/3 (dois terços) e a fixação do regime inicial aberto, com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 87/88).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus* e, caso conhecido, pela denegação da ordem (fls. 96/101).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 311.664 - SP (2014/0330613-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, a aplicação da redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas em seu grau máximo de 2/3 (dois terços) e a fixação do regime inicial aberto, com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O Tribunal de Justiça estadual negou provimento ao apelo defensivo, mantendo a pena aplicada e o regime prisional fechado, sob a seguinte fundamentação:

*O apelante foi condenado porque, nas condições narradas na denúncia, trazia consigo, para fins de tráfico, **19,98g** (dezenove gramas e noventa e oito centigramas) contendo **maconha**, distribuídas em onze porções individuais; **5,27g** (cinco gramas e vinte e sete centigramas) de cocaína em forma de **crack**, distribuídos em vinte e dois invólucros plásticos, além de **5,23g** (cinco gramas e vinte e três centigramas) de **cocaína**, fracionadas em quinze embalagens plásticas.*

[...]

A dosimetria das penas não comporta reparo.

A pena-base foi fixada no mínimo legal.

Ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes.

A pretendida redução máxima da pena por aplicação do parágrafo 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06 e até mesmo a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não são cabíveis à espécie. A quantidade e diversidade de drogas apreendidas com o réu demonstram certa estrutura do recorrente, surpreendido na posse de quase cinquenta porções de drogas diferenciadas, o que demonstra que fazia do comércio espúrio seu meio de vida, em nítida dedicação às atividades criminosas.

Melhor sorte não tem a defesa no que se atine à inconstitucionalidade da pena de multa estabelecida na Lei Antidrogas.

Optou o legislador por tratar de maneira mais severa a prática da traficância, delito de extremada gravidade, equiparado a hediondo, e que assola a sociedade, comprometendo o desenvolvimento sadio principalmente dos jovens, indivíduos em formação e, por isso, reconhecidamente mais vulneráveis a tais delinquentes.

Assim, entendo que a multa prevista na Lei de Drogas está



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em consonância com a gravidade do delito praticado pelo réu, de modo que, em momento algum, afronta o princípio da correta individualização da pena.

*O **regime prisional** imposto ao apelante decorre de expressa previsão legal, ex vi do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Além disso, as circunstâncias concretas do delito, com a apreensão de **drogas de efeitos deletérios diferenciados em especial a cocaína e o crack**, evidencia contornos de maior gravidade à conduta praticada. [...] (fls. 80 e 82/83).*

Inicialmente, cumpre ressaltar que aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 depende do convencimento do Magistrado de que o apenado, primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades delituosas nem integre organização criminosa.

In casu, o entendimento consignado pelo Tribunal de origem está em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, firmada no sentido de que, na escolha do *quantum* de redução da pena em razão da incidência do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, o Juiz deve levar em consideração a natureza e a quantidade da substância apreendida, por expressa previsão legal (art. 42 da Lei n. 11.343/06).

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO FIXADA EM 1/6. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA QUE JUSTIFICAM A FRAÇÃO UTILIZADA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- Deve ser mantida a fração redutora de 1/6, pelo reconhecimento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando o acórdão, dentro da discricionariedade permitida por lei, fundamenta, concretamente, na quantidade e natureza da droga apreendida.

- Tendo em vista o não redimensionamento da pena e mantido o patamar acima de 4 anos, o paciente não faz jus ao regime aberto, conforme disposições do art. 33, § 2º, do Código Penal.

- Não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista que o quantum da pena aplicada supera o limite previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

- Habeas corpus não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 336.468/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 19/04/2016).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. MAIOR REPROVABILIDADE DO FATO. PERCENTUAL DE REDUÇÃO DE PENA. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO NA PRESENTE VIA. VERBETE SUMULAR N.º 7/STJ. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. FUNDAMENTO IDÔNEO PARA DETERMINAR A FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DESTA CORTE SUPERIOR. VEDAÇÃO DO ENUNCIADO N.º 83 DA SÚMULA DO STJ. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. No tocante à causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas, o legislador se ateve a fixar os pressupostos para a sua incidência deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para escolha entre a menor e a maior frações indicadas no referido dispositivo legal, cabendo ao julgador, atento às singularidades do caso concreto, dosar o decréscimo.

2. **A redução no patamar de 1/6 (um sexto) foi fixado com base em elementos extraídos dos autos que indicaram a maior reprovabilidade da conduta, evidenciada na quantidade e natureza do entorpecente encontrado em poder dos insurgentes.** Inviabilidade de revisão do quantum eleito na presente via na ausência de ilegalidade manifesta. Enunciado Sumular n.º 7/STJ.

3. Ademais, **este Superior Tribunal de Justiça entende que a quantidade ou qualidade da droga apreendida pode ser utilizada como fundamento para a determinação da fração de redução da pena com base no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006**, circunstância que evidencia a impossibilidade de admissão do apelo nobre em razão da incidência da vedação do Verbetes Sumular n.º 83/STJ, também aplicável ao recurso especial interposto com fundamento na alínea a do permissivo constitucional.

4. Agravo a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 718.015/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 28/03/2016).

Ademais, a reforma do entendimento consignado pelas instâncias ordinárias no que se refere ao *quantum* de redução aplicado constitui matéria que refoje ao restrito escopo do *habeas corpus*, porquanto demanda percuente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. 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) UTILIZADA. 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. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- 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 e variedade das drogas apreendidas, quais sejam, 50,0g de maconha, 21,6g de cocaína e 9,7g de crack **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.**

[...]

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto (HC 310.789/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 28/03/2016).

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. NATUREZA DA DROGA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA NÃO EVIDENCIADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. VALOR FIXADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA.

[...]

3. **In casu, o estabelecimento do redutor na fração de 1/2 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 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.**

[...]

5. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar o retorno dos autos ao Tribunal a quo, a fim de que se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

proceda à adequada fundamentação no que concerne ao quantum fixado a título de prestação pecuniária (HC 354.491/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 13/06/2016).

Quanto ao regime prisional, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Assim, o regime prisional, nesses casos, deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do CP.

Por outro lado, firmou-se neste Tribunal a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do CP ou em outra situação que demonstre efetivamente um plus na gravidade do delito. Nesse sentido, foi elaborado o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, bem como os enunciados n.718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. Confira-se:

Súmula 440/STJ: "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."

Súmula 718/STF: "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."

Súmula 719/STF: "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."

Na hipótese dos autos, encontra-se evidenciado o constrangimento ilegal na fixação do regime prisional, uma vez que as instâncias ordinárias, após estabelecer a pena corporal em 4 (quatro) anos de reclusão, fixou o regime inicial fechado.

Entretanto, mesmo que se afaste a fundamentação elencada pelo Tribunal de origem – hediondez do delito –, e ainda que as circunstâncias judiciais tenham sido consideradas favoráveis e o paciente seja primário, a quantidade e a diversidade das drogas apreendidas foram utilizadas, na terceira fase da dosimetria, para modular a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º da Lei de Drogas, restando



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

justificada a segregação inicial em regime mais gravoso. Todavia, considerando o *quantum* da pena aplicada – 4 (quatro) anos de reclusão –, o regime mais adequado na hipótese é o semiaberto, consoante disciplina o art. 33, § 2º, "c", e § 3º do CP.

A corroborar esse raciocínio:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE CONDENADA A 3 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. NATUREZA DA DROGA - CRACK. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. BENEFÍCIO NEGADO EM VIRTUDE DA NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...].

- 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.

- **Na hipótese, o acórdão recorrido fundamentou a necessidade do regime fechado com base na nocividade da droga objeto do delito de associação para o tráfico, qual seja, o crack.**

- **Embora válido o fundamento para o recrudesimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado à ré primária, condenada a pena reclusiva não superior a 4 anos, fazendo jus a 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 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.

- Hipótese em que o acórdão recorrido, de forma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentada, entendeu pela inadequação da substituição, porquanto a paciente foi condenada por associação criminosa voltada para o tráfico de crack, cuja nocividade não recomenda 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.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto (HC 345.968/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJE 31/05/2016).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL. PRIMARIEDADE. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PENA INFERIOR A 4 ANOS. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO. GRAVIDADE CONCRETA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. Quanto ao regime fechado, o magistrado sentenciante baseou-se apenas na gravidade abstrata do delito, em ofensa ao Enunciado n. 440 da Súmula do STJ. Embora a primariedade do paciente, a inexistência de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP) e o quantum de pena (art. 33, § 2º, "c", do CP) permitam, em tese, a fixação do regime aberto; a quantidade de droga apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/06) demonstra a gravidade acentuada do delito, justificando a imposição do regime inicial semiaberto.

3. Apesar da fundamentação inidônea apresentada pelas instâncias ordinárias, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a gravidade concreta, evidenciada pela natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos, constitui elemento indicativo de que a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos não seja suficiente para a prevenção e repressão do delito no caso concreto.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, ratificando a liminar, fixar o regime inicial semiaberto (HC 354.029/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe 02/06/2016).

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. AGRAVANTE CONDENADO À PENA DE 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A 4 ANOS. QUANTIDADE E



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

QUALIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE NÃO RECOMENDAM O BENEFÍCIO.

1. 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.

2. Estabelecida a pena definitiva em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, verificadas as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade da agente, e considerada a natureza e a quantidade de entorpecente apreendido, 489 g de maconha, o regime semiaberto é o adequado à prevenção e reparação do delito.

3. Ainda que 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.

4. Agravo regimental improvido (AglInt no AREsp 701.848/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 25/05/2016).

Por fim, quanto à detração do tempo de prisão cautelar e à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, verifico que o Tribunal a *quo* sequer apreciou os temas, ficando esta Corte Superior impedida de manifestar-se sobre os pedidos, uma vez vedada a supressão de instância.

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do *habeas corpus*, mas pela concessão da ordem, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto para cumprimento da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0330613-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 311.664 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00610229120128260405 20140000536500 32592012 610229120128260405

EM MESA

JULGADO: 18/04/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

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	: PAULA MANZELLA ROMANO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: CARLOS AUGUSTO DE SOUSA 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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.