



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 312.731 - SP (2014/0341871-2)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RODRIGO FIGUEIREDO DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXANDRE FERNANDES ROSA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. 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. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA EMITIDA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. *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 1/2, pelo reconhecimento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando a sentença e o acórdão recorridos, dentro da discricionariedade permitida por lei, fundamentam o patamar escolhido, concretamente, na quantidade da droga apreendida, qual seja, *64 porções de crack, 17 porções de maconha e 12 pinos de cocaína*. 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*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- 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 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 2 anos e 6 meses de reclusão, pela primariedade do acusado e pela análise 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 diversidade da droga apreendida, deve ser fixado o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, “b”, e § 3º, do Código Penal.
- As instâncias ordinárias não promoveram a substituição da pena corporal, por entenderem que a natureza e a quantidade elevada do entorpecente apreendido não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, fundamentação que se encontra em consonância com a jurisprudência desta Corte. 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, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de fevereiro de 2016 (Data do Julgamento).

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 312.731 - SP (2014/0341871-2)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RODRIGO FIGUEIREDO DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXANDRE FERNANDES ROSA

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de ALEXANDRE FERNANDES ROSA, apontando-se, como autoridade coatora, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos da Apelação n. 0039034-46.2013.8.26.0577.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em 1º grau, à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006 (e-STJ fls. 12/19).

Interposto recurso de apelação pela defesa, o Tribunal de origem negou-lhe provimento, mantendo incólume a sentença condenatória, em acórdão assim ementado (e-STJ fl. 21):

Tráfico de entorpecentes. Autoria e materialidade comprovadas. Pretensão de redução da pena em maior fração por incidência do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Impossibilidade em razão das espécies e das quantidades das drogas apreendidas. Inteligência do art. 42 da referida lei. Descabimento da substituição por restritivas de direitos por idênticos fundamentos. Regime prisional inicial fechado por disposição de lei. Inconstitucionalidade da pena de multa não caracterizada. Impossibilidade de afastamento desta ou de aplicação na forma do art. 49 do Código Penal. Eventual impossibilidade de pagamento, por incapacidade econômica, a ser alegada no Juízo das Execuções. Recurso improvido.

Narra a impetrante que o magistrado de 1º Grau reconhecendo a causa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, aplicou a fração de 1/2 (metade) em benefício do paciente. Entretanto, não fundamentou o porquê da redução apenas na metade.

Assevera que "quando do julgamento do recurso defensivo, no qual se pretendia a aplicação do maior redutor, isto é, 2/3, o Tribunal coator negou provimento ao apelo, justificando que o paciente já havia sido muito beneficiado com a redução, e que pela diversidade de drogas e por haver venda de crack, substância com alto poder lesivo, a fração de 1/2 deveria ser mantida" (e-STJ fls. 2/3).

Sustenta que "ao agir desta forma, a Colenda Câmara feriu o disposto no artigo 617 do CPP, que traz o princípio da non reformatio in pejus, já que supriu a ausência de fundamentação de sentença atacada apenas pela defesa" (e-STJ fl. 3).

Nesse sentido, alega que o paciente faz jus à redução da pena em seu grau máximo, ou seja, de 2/3 (dois terços), pela incidência do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, pois trata-se de réu primário, que possui bons antecedentes e não se dedica a atividade criminosa, tampouco integra organização criminosa.

Aduz, ainda, a ilegalidade na fixação de regime inicial fechado, mais gravoso que o delimitado pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, uma vez que inexiste óbice à fixação de regime prisional mais brando, conforme entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, que declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei. 8.072/1990, na redação da Lei n. 11.464/2007. Destaca que seria ilegítimo o agravamento do regime inicial de cumprimento da reprimenda apenas com base na gravidade abstrata do delito cometido, nos termos das Súmulas 718 e 719 do STF e 440 do STJ.

Nesse contexto, requer, liminarmente, a fixação do regime aberto para o cumprimento da pena de reclusão, substituindo-a por restritivas de direitos. No mérito, requer a redução da pena imposta, pela incidência do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, no seu grau máximo, a fixação do regime inicial aberto para o cumprimento de pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pedido liminar indeferido (e-STJ fls. 31/33).

Informações prestadas às e-STJ fls. 38/44.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela denegação da ordem (e-STJ fls. 52/55).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 312.731 - SP (2014/0341871-2)

VOTO

O EXMO. SENHOR 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 aplicação, em seu patamar máximo, da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como o abrandamento do regime prisional e a aplicação do art. 44 do CP.

Como é cediço, 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, após as considerações acerca da materialidade e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

autoria do delito de tráfico de entorpecentes, fixou a pena do ora paciente nos seguintes moldes (e-STJ fl.16):

O réu não registra antecedentes desabonadores e admitiu a prática da infração, o que permite a fixação de sua pena-base no mínimo legal, em 05 anos de reclusão e 500 dias-multa. Também não há notícias de que ele se dedique habitualmente a atividades criminosas ou integre organização criminosa. Desta forma, pode-se lhe aplicar o benefício contido no parágrafo 4º do artigo 33 do diploma em regência. Deste valor, subtrai-se 1/2, obtendo-se 02 anos e 06 meses de reclusão e 250 dias-multa. Inexistindo outras causas modificadoras, torno essa pena definitiva.

Irresignada, a defesa apelou. O Tribunal de origem manteve íntegra a sentença e, quanto à fração do tráfico privilegiado, o voto condutor do acórdão consignou que (e-STJ fl. 23):

Adotada a base mínima, a redução de metade, por incidência do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, muito beneficiou o apelante. Isso porque o art. 42 da referida Lei dispõe expressamente a necessidade de observância das quantidades e espécies das drogas apreendidas e, no caso, além da variedade, a maior parte individualizada era constituída por "crack", substância de alto poder lesivo.

Pela leitura dos excertos acima transcritos, observa-se que, embora a sentença não tenha tecido qualquer fundamentação para justificar a escolha da fração utilizada pelo tráfico privilegiado, o acórdão recorrido embasou a necessidade da fração intermediária com base na quantidade e na natureza das drogas apreendidas, quais sejam - 64 porções de crack, 17 porções de maconha e 12 pinos de cocaína -, mostrando-se inviável, assim, reduzir a pena acima do patamar mínimo de 1/6.

Assim, não verifico constrangimento ilegal a ser sanado no ponto em que foi aplicada a fração de diminuição da pena no patamar intermediário, em prestígio à discricionariedade do julgador, que fundamentou concretamente a escolha de tal percentual, ao sopesar a natureza da droga apreendida e sua quantidade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. NATUREZA DA DROGA. FIXADO O REGIME INICIAL FECHADO E NEGADA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. O estabelecimento do redutor na fração de 1/3 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, dada a natureza da droga apreendida - 18 papérolas de crack - 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 fáctico-probatório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

(...)

5. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de que, afastados a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas e o fundamento referente à gravidade in abstracto do delito, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. (HC 315.705/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 24/3/2015, DJe 31/3/2015) – (grifei).

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. DESCABIMENTO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO E VEDAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. CONSIDERAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal Federal firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Justificado o quantum de redução pela causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em razão da natureza e da diversidade das drogas apreendidas, descabe falar em flagrante constrangimento ilegal a ser sanado, ainda mais quando a fração de redução aplicada "fica indene ao crivo do habeas corpus, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório" (HC 321.624/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2015, DJe 03/08/2015).

3. Caso em que a incidência daquela minorante no patamar de 1/3 decorreu da natureza da droga apreendida (20g de crack), inexistindo ilegalidade patente a ser reparada na via estreita do mandamus.

(...)

7. Habeas corpus não conhecido. (HC 322.782/MS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 3/9/2015, DJe 21/9/2015) – (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, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

Por oportuno, consigne-se que o fato de o Tribunal ter acrescido fundamentação antes inexistente para manter a fração redutora estabelecida pelo sentenciante não ofende o princípio da vedação da *reformatio in pejus*. Isto porque esta Corte Superior já assentou o entendimento segundo o qual o Tribunal pode, ainda que em recurso exclusivo da defesa, revisar a fundamentação apresentada na dosimetria da pena realizada na sentença, desde que não modifique a sanção cominada, sem que tal procedimento caracterize indevida *reformatio in pejus*.

A propósito:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. POSSIBILIDADE. FRAÇÃO DE REDUÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. BIS IN IDEM. AUSÊNCIA. PROFUNDIDADE DO EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.

(...)

4. É dominante a jurisprudência desta Corte no sentido de que não há impedimento de o Tribunal a quo, em julgamento de apelação exclusivo da defesa, inovar na fundamentação, desde que não agrave a situação penal do réu.

(...)

6. O Tribunal a quo, ao julgar apelação exclusiva da defesa, concluiu que o paciente tem envolvimento com organização criminosa, mas manteve o quantum de redução aplicado para não agravar a situação do apelante, justificado não apenas na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantidade e na variedade das drogas apreendidas, mas em outros elementos concretos, não havendo que se falar em bis in idem, nem tampouco em reformatio in pejus.

(...)

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Tribunal a quo decida, com fundamentação em dados concretos, sobre o regime inicial para cumprimento da pena, considerando o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal. (HC 303.958/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 15/12/2015) - 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 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 sentenciante estabeleceu o regime fechado, tendo assentado que *"a pena corporal deverá ser cumprida e, regime inicial fechado, tendo em vista a gravidade do delito imputado ao acusado, que é fator de desestabilidade social e*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

familiar, com todas as consequências decorrentes do deletério comércio de entorpecentes, tanto que equiparado aos hediondos" (e-STJ fl.16).

O acórdão recorrido, por sua vez, destacou que *"o regime prisional inicial fechado, para o delito equiparado a hediondo, decorre da Lei nº 11.464/07, de 28 de março de 2007, que alterou a Lei nº 8.072/90 (e-STJ fl. 24).*

Constata-se que a sentença e o acórdão recorridos mencionaram apenas a hediondez e a gravidade abstrato do delito de tráfico de entorpecentes como fundamentação para o estabelecimento e manutenção do regime fechado, referências estas que devem ser afastadas como fundamento idôneo para a fixação do regime mais gravoso.

Contudo, na espécie, embora o paciente seja primário e a pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses 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 diversidade da droga apreendida, 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. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. DESPROPORCIONALIDADE. ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

- O Supremo Tribunal Federal, 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, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59 do Código Penal.

- No caso, o quantum da pena (2 anos e seis meses de reclusão) e a primariedade do paciente levariam a fixação do regime aberto. No entanto, tendo em vista que as circunstâncias judiciais não lhe são favoráveis, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo, e as circunstâncias do caso concreto (quantidade e variedade da droga e o envolvimento de três adolescentes) a fixação do regime de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cumprimento de pena no semiaberto se mostra adequado para a repressão do delito.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto para cumprimento da pena privativa de liberdade. (HC 324.129/SP, de minha relatoria, Quinta Turma, julgado em 1/10/2015, DJe 7/10/2015) – (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.

(...)

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 recrudescimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado, ao réu primário, condenado à pena reclusiva não superior a 4 anos - 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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sua execução suspensa pelo Senado Federal, através da Resolução n. 5/2012.

No caso, tanto o sentenciante (e-STJ fl. 17) quanto o Tribunal revisor (e-STJ fl. 23) não promoveram a substituição da pena corporal, por entender que a quantidade e a nocividade das drogas apreendidas não recomendam o reconhecimento do benefício legal, entendimento este que se encontra em consonância à jurisprudência desta Corte, que destaco:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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) - grifei.

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 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) - grifei.

Assim, no caso, inexistente constrangimento ilegal a ser sanado em relação à não aplicação do art. 44 do Código Penal, visto que houve fundamentação alicerçada em dados concretos.

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0341871-2

HC 312.731 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00390344620138260577 20140000519358 390344620138260577

EM MESA

JULGADO: 23/02/2016

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

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: RODRIGO FIGUEIREDO DE OLIVEIRA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ALEXANDRE FERNANDES ROSA

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