



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 337.826 - SP (2015/0249707-5)**

**RELATOR** : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADO** : ANA CAROLINA CARNEIRO BARDE BEZERRA  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : CESAR SANTOS DA SILVA

### **EMENTA**

*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE CONDENADO A 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PELO TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. FRAÇÃO INTERMEDIÁRIA JUSTIFICADA PELA QUANTIDADE E VARIEDADE DA DROGA APREENDIDA. 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. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- 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.

- Inexiste constrangimento ilegal a ser sanado no ponto em que foi aplicada a fração de diminuição da pena, pelo tráfico privilegiado, no patamar intermediário (1/2), em prestígio à discricionariedade do julgador, que fundamentou concretamente a escolha de tal percentual, ao sopesar a natureza das drogas apreendidas e sua quantidade.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ademais, alterar a conclusão a que chegou a instância ordinária implica, sem dúvida, revolvimento 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 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.

- 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.

– 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.

– 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 – 46,56g de maconha, 1,32g de cocaína e 5,68g de crack - 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.

### 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.



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

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 337.826 - SP (2015/0249707-5)**

**RELATOR** : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADO** : ANA CAROLINA CARNEIRO BARDE BEZERRA  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : CESAR SANTOS DA SILVA

### RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**

**(Relator):**

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de CESAR SANTOS DA SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos da Apelação n. 3033973-87.2013.8.26.0405.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena corporal de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006 (e-STJ fls. 30/35).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação perante a Corte local, o qual foi parcialmente provido para reconhecer a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, aplicada na fração de 1/2 (um meio), sendo a pena do acusado redimensionada para 2 anos e 6 meses de reclusão, mantido o regime fechado e negada a substituição por restritiva de direitos (e-STJ fls. 61/72).

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 1/13), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs ao paciente constrangimento ilegal, pois: *a)* deixou de aplicar o redutor do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 no patamar máximo, sem motivação idônea; *b)* fixou o regime inicial fechado com base na hediondez do delito, sendo cabível o regime aberto; e *c)* negou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos com base na gravidade em abstrato do delito.

Ao final, formula pedido liminar, para que o paciente seja colocado em regime aberto e, no mérito, pede a concessão da ordem para redimensionar a pena do



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente, mediante aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 em seu patamar máximo, a fixação do regime inicial aberto e a substituição por pena restritiva de direitos.

Pedido liminar indeferido (e-STJ fls. 74/75).

Informações prestadas às e-STJ fls. 85/103 e 104/121.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pelo não conhecimento do *writ*, mas com a concessão da ordem *ex officio*, para que seja modificado o regime de cumprimento da pena para o aberto e promovida a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos (e-STJ fls. 127/133).

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 337.826 - SP (2015/0249707-5)

### VOTO

**O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**

**(Relator):**

Inicialmente, cumpre analisar a adequação da via eleita para a manifestação da irresignação contra o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*.

O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

No caso, a impetração insurge-se contra acórdão do Tribunal de origem que deu parcial provimento ao recurso interposto pela defesa, o que, de acordo com a nossa sistemática recursal, ensejaria a hipótese de recurso especial.

Assim, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise das teses defensivas, a fim de verificar a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação, de ofício, por este Superior Tribunal de Justiça.

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 Código Penal.

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 Tribunal de origem, ao dar provimento parcial ao recurso



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

defensivo, reconheceu a figura do tráfico privilegiado e reduziu a pena-base de 5 anos de reclusão na fração intermediária de 1/2, com base na seguinte fundamentação:

*Na primeira fase, atento aos critérios norteadores do artigo 59 do Código Penal, observa-se que as circunstâncias judiciais são favoráveis ao réu, fixando-se a pena base no mínimo legal, qual seja, 05 anos de reclusão e 500 dias-multa.*

*Por sua vez, o artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 estabeleceu a possibilidade de redução das penas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa.*

*Tal diminuição não se consubstancia em ato discricionário do juiz, certo de que qualquer operação aquém do máximo reutivo impõe indispensável motivação concreta, não visualizada no caso em testilha, pois a diversidade de entorpecentes, por si só, não se traduz por dedicação do réu à atividade criminosa.*

*O apelante preenche os requisitos estabelecidos no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, no entanto, a regra jurídica do artigo 42, da referida lei, determina a preponderância da natureza e da quantidade de substância sobre os critérios previstos no artigo 59, do Código Penal.*

*Significa dizer que a aplicação do mencionado benefício fica condicionada não apenas à presença de circunstâncias pessoais favoráveis, mas, também, à antítese do artigo 42, ou seja, a quantidade e a natureza das substâncias entorpecentes e, nesse ponto, tem-se que o acusado se encontrava na posse de maconha (46,56g), cocaína (1,32g) e crack (5,68g), tudo a indicar maior potencialidade lesiva, de modo que o redutor ao qual faz jus não seja fixado em grau máximo, sendo suficiente a diminuição da metade resultando na pena de 02 anos e 06 meses de reclusão, mais o pagamento de 250 dias-multa, no piso (e-STJ fls. 67/68).*

Observa-se, pela leitura do excerto supra, que o acórdão recorrido entendeu que o paciente faz jus ao redutor do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, mas que, diante da quantidade e da natureza da droga apreendida - 46,56g de maconha, 1,32g de cocaína e 5,68g de crack -, inviável reduzir a pena acima do patamar mínimo de 1/6, sendo adequado, à espécie, o patamar intermediário de 1/2.

Assim, não verifico constrangimento ilegal a ser sanado no ponto em que foi



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 das drogas apreendidas e sua quantidade.

Sobre a possibilidade da natureza 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 papелotes 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 fático-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 abstrato 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*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*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 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 a instância ordinária 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.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, o sentenciante fixou o fechado com base na hediondez e gravidade abstrata do delito, consoante se verifica à e-STJ fl. 34.

O Tribunal de origem manteve o regime fechado, tendo o voto condutor do acórdão destacado " a quantidade e a natureza extremamente nociva da droga apreendida" (e-STJ fls. 145/146).

Como é cediço, 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* :



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*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, pela leitura do acórdão recorrido, o regime fechado foi fixado sem a apresentação de fundamentação suficiente para tanto, pois, como visto, a hediondez do delito não constitui motivação idônea para a fixação de regime mais gravoso.

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.

A propósito:

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

*1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.*

*2. A quantidade e natureza da droga apreendida podem interferir na escolha do percentual da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei de n. 11.343/2006. Precedentes.*

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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto. (HC 310.633/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 19/11/2015, DJe 25/11/2015) – (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 sua execução suspensa pelo Senado Federal, através da Resolução n. 5/2012.

Na hipótese em comento, o acórdão recorrido indeferiu a *benesse* com fulcro na seguinte fundamentação:

*Inviável a conversão da privativa de liberdade em restritivas de direitos, bem como a outorga de sursis, eis que reservadas aos delitos de menor potencial ofensivo, lato sensu, e não aos equiparados aos crimes hediondos.*

*Nada obstante decisão do Excelso Supremo Tribunal Federal, reconhecendo incidentalmente a inconstitucionalidade parcial das vedações contidas nos artigos 33, § 4º, e 44, ambos da Lei nº 11.343/06 (HC nº 97.256/RS, DJe 15.12.2010), e a Resolução nº 05/2012, do Senado Federal (publicada no D.O.U. de 16.02.2012), que suspendeu a eficácia da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” do § 4º, do artigo 33, da referida lei, há de se ressaltar que a natureza e gravidade concreta do delito de tráfico de entorpecentes impedem a aplicação das penas alternativas.*

*Ademais, além da total incompatibilidade com o regime prisional obrigatório (inicial fechado), conforme o artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/90, não estão preenchidos os requisitos cumulativos do artigo 44, do Código Penal, pois, ainda que se considerem presentes os exigidos nos incisos I e II, o III não se implementa, na medida em que os motivos e as circunstâncias do crime (lucro fácil em detrimento da essência e condição humana), aliados às consequências (fator de séria desestabilização familiar e social), deixam franqueada a insuficiência da substituição punitiva (e-STJ fls. 68/69).*

Pela leitura do excerto acima, observa-se que foi indeferida a substituição da



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena privativa de liberdade por restritivas de direitos também com fundamento na hediondez e na gravidade abstrata do crime, 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. De fato, embora o *quantum* de pena fixado seja inferior a 4 (quatro) anos, preenchendo, portanto, o requisito objetivo do art. 44, I, do CP, observo que as circunstâncias do caso concreto, quantidade elevada e a natureza dos entorpecentes apreendidos – 46,56g de maconha, 1,32g de cocaína e 5,68g de crack – 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*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/11/2014, DJe 05/12/2014).

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

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

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: 2015/0249707-5

**HC 337.826 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20150000381149 30339738720138260405 39702013

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   | : ANA CAROLINA CARNEIRO BARDE BEZERRA        |
| IMPETRADO  | : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| PACIENTE   | : CESAR SANTOS DA SILVA                      |

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.