



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.644.899 - SP (2016/0334445-7)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
AGRAVANTE : JUAN DE JESUS TORRES MORAN
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIAL ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA, VARIEDADE E QUANTIDADE DA DROGA VALORADAS NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. VEDAÇÃO À SUBSTITUIÇÃO DE PENA. ADEQUAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - Conforme orientação do col. STF, a circunstância desfavorável da natureza e quantidade de entorpecentes apreendidos pode ser considerada ora na primeira fase, para exasperar a pena-base, ora na terceira fase da dosimetria, impedindo a aplicação ou modulando a fração de redução da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

II - Na espécie, o v. acórdão reprochado, ao confirmar a r. sentença de primeiro grau, valorou, na primeira fase da dosimetria, favoravelmente todas as circunstâncias judiciais, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal. Consignou-se que o acusado é primário, não apresenta maus antecedentes e a pena definitiva foi estabelecida em **2 (dois) anos de reclusão**. Não obstante, a quantidade, a variedade e a natureza de entorpecentes (**16 porções de cocaína e 21 porções de crack**) foram utilizadas na terceira fase como moduladores para aplicação da causa de diminuição. Desse modo, considerada a pena final aplicada e a valoração negativa na terceira fase da quantidade, variedade e natureza de droga apreendida, revela-se correta a fixação de regime inicial mais gravoso para início de cumprimento da reprimenda, e, também, o afastamento da substituição desta (**precedentes**).

Agravo regimental **desprovido**.

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, negar provimento ao agravo regimental.

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

Brasília (DF), 16 de março de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.644.899 - SP (2016/0334445-7)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de agravo regimental interposto por JUAN DE JESUS TORRES MORAN, contra a decisão de fls. 328-339, de minha relatoria, na qual dei parcial provimento ao seu recurso especial para fixar o regime inicial **semiaberto**.

Em suas razões, o agravante aduz que, *"Com relação ao regime inicial, é de se observar que a quantidade e qualidade de droga apreendida não se mostrou suficiente para justificar a fixação de regime mais gravoso do que aquele previsto pelo art. 33 e §§ do CP"* (fl. 352).

Defende, ainda, a possibilidade da substituição da pena corporal por restritiva de direitos, sob o argumento de que a sentença condenatória aplicou a pena-base no seu mínimo, pois não havia circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Requer, nesses termos, a reconsideração da decisão agravada ou, caso contrário, a submissão da matéria ao Colegiado.

Por manter o **decisum**, trago o feito ao Colegiado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.644.899 - SP (2016/0334445-7)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIAL ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA, VARIEDADE E QUANTIDADE DA DROGA VALORADAS NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. VEDAÇÃO À SUBSTITUIÇÃO DE PENA. ADEQUAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - Conforme orientação do col. STF, a circunstância desfavorável da natureza e quantidade de entorpecentes apreendidos pode ser considerada ora na primeira fase, para exasperar a pena-base, ora na terceira fase da dosimetria, impedindo a aplicação ou modulando a fração de redução da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

II - Na espécie, o v. acórdão reprochado, ao confirmar a r. sentença de primeiro grau, valorou, na primeira fase da dosimetria, favoravelmente todas as circunstâncias judiciais, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal. Consignou-se que o acusado é primário, não apresenta maus antecedentes e a pena definitiva foi estabelecida em **2 (dois) anos de reclusão**. Não obstante, a quantidade, a variedade e a natureza de entorpecentes **(16 porções de cocaína e 21 porções de crack)** foram utilizadas na terceira fase como moduladores para aplicação da causa de diminuição. Desse modo, considerada a pena final aplicada e a valoração negativa na terceira fase da quantidade, variedade e natureza de droga apreendida, revela-se correta a fixação de regime inicial mais gravoso para início de cumprimento da reprimenda, e, também, o afastamento da substituição desta **(precedentes)**.

Agravo regimental **desprovido**.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Em que pesem os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

argumentos do agravante, o recurso não merece prosperar, devendo ser mantido o **decisum** ora agravado:

*"Inicialmente, analiso o pedido referente à fixação do **regime prisional aberto**. E, ao fazê-lo, verifico assistir razão ao Recorrente, em parte.*

Confira-se, a propósito, os fundamentos utilizados pelo eg. Tribunal a quo para a fixação do regime inicial fechado:

"Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, foi decidido corretamente pelo regime fechado, visto que não é cabível que o regime prisional inicial seja diverso, em razão da existência de expressa proibição legal, conforme o artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, que determina expressamente que as penas relativas aos crimes previstos no caput deste artigo, entre eles o tráfico ilícito de entorpecentes, serão cumpridas inicialmente em regime fechado." (fls. 238-239)

Verifica-se, portanto, que o v. acórdão reprochado aplicou a literalidade do disposto no art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, sem nenhum sopesamento dos fatos do caso concreto.

Com efeito, não obstante constatar-se que o crime cometido pelo recorrente é equiparado a hediondo, o regime inicial de cumprimento não deve ser, obrigatoriamente, o fechado. Neste sentido:

'PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO ESTUPRO DE VULNERÁVEL. REGIME PRISIONAL FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS TOTALMENTE FAVORÁVEIS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

III - O Pretório Excelso, nos termos da r. decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do HC n. 111.840/ES, ao considerar incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com redação dada pela Lei nº 11.464/07, concluiu ser possível, o afastamento da obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

IV - A hediondez do delito, por si só, é insuficiente para justificar a imposição do regime inicial mais gravoso para o cumprimento de pena. Faz-se indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos nos artigos 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do CP. (Precedentes).

V - Nos termos do Enunciado Sumular nº 719/STF: "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

VI - Na hipótese, o paciente é primário, a quantidade da pena aplicada é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) e a pena base foi fixada no mínimo legal em razão da ausência de toda e qualquer circunstância judicial desfavorável ao paciente, motivos suficientes a ensejar o estabelecimento do regime inicial semiaberto.

[...](HC 297.725/SP, **Quinta Turma**, de **minha relatoria**, DJe de 3/11/2014, grifei).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. INADMISSIBILIDADE. TRÁFICO. DOSIMETRIA. PENA-BASE AFASTADA DO MÍNIMO LEGAL. ESPÉCIE DA DROGA APREENDIDA (CRACK). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. RÉU REINCIDENTE ESPECÍFICO. REGIME DIVERSO DO FECHADO. CABIMENTO. VEDAÇÃO LEGAL AFASTADA. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. NOVA VALORAÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REFORMATIO IN PEJUS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

[...]

5. Após o Supremo Tribunal Federal ter declarado, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, não subsiste mais a imposição automática do regime inicial fechado de cumprimento da pena aos crimes hediondos e equiparados, devendo o magistrado observar as regras previstas no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, e fundamentar concretamente a imposição do regime inicial mais rigoroso do que o correspondente à pena aplicada.

[...](HC 300.176/RS, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 10/11/2014, grifei).

A definição do regime prisional para os condenados por tráfico de entorpecentes - crime equiparado a hediondo, deve seguir a sistemática estabelecida no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal. Ou seja, será definido de acordo com o **quantum** da pena aplicada e em atenção às circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do mesmo diploma legal.

Contudo, é necessário fazer uma observação. O art. 42 da Lei nº 11.343/2006 estabelece que: "O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e conduta social do agente".

Assim, para o crime de tráfico a exasperação da pena-base poderá decorrer da avaliação negativa da "natureza e quantidade" da droga apreendida. O que, por conseguinte, autoriza a fixação do regime prisional mais gravoso, nos termos do já citado art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Ocorre que o o col. **Supremo Tribunal Federal**, por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e da quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual caracteriza **bis in idem** tal valoração tanto na primeira quanto na terceira fases do cálculo da pena. Transcrevo, oportunamente, a ementa do referido julgamento:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"Recurso extraordinário com agravo. Repercussão Geral. 2. Tráfico de Drogas. 3. Valoração da natureza e da quantidade da droga apreendida em apenas uma das fases do cálculo da pena. Vedação ao bis in idem. Precedentes. 4. Agravo conhecido e recurso extraordinário provido para determinar ao Juízo da 3ª VECUTE da Comarca de Manaus/AM que proceda a nova dosimetria da pena. 5. Reafirmação de jurisprudência" (ARE 666.334 RG/AM, **Tribunal Pleno**, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, DJe de 6/5/2014).

Desta forma, verifica-se que o atual entendimento do eg. **STF** sobre o tema, firmado sob regime de repercussão geral, é no sentido de que as circunstâncias relativas à natureza e à quantidade de drogas apreendidas somente podem ser utilizadas "na primeira ou na terceira fase da dosimetria da pena, **sempre de forma não cumulativa**, sob pena de caracterizar o **bis in idem**" (RHC n. 117.990/ES, **Primeira Turma**, Rel. Min. **Luiz Fux**, DJe de 5/6/2014).

Tal orientação, aliás, tem sido adotada neste eg. **Superior Tribunal de Justiça**, conforme se depreende dos seguintes precedentes:

'HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. UTILIZAÇÃO PARA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE E PARA DETERMINAR O QUANTUM DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Em recentes decisões proferidas em 19 de dezembro de 2013, nos autos dos HC's n.º 109.193/MG e n.º 112.776/MS, ambos de relatoria do Ministro Teori Zavascki, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, que **a utilização da quantidade e/ou qualidade da droga tanto no estabelecimento da pena-base como na aplicação do redutor descrito do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 caracteriza bis in idem**, entendimento este que, embora não seja dotado de caráter vinculante, deve também ser adotado por esta Corte, em homenagem aos princípios da isonomia e da individualização da pena. No momento da individualização da pena, deve o magistrado escolher em que fase da dosimetria as circunstâncias referentes à quantidade e à natureza da droga devem ser consideradas, cuidando para que sejam valoradas apenas em uma etapa, a fim de se evitar o odioso bis in idem.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

determinar que o magistrado de primeiro grau proceda à nova dosimetria do paciente, utilizando a quantidade e/ou a diversidade da droga em somente uma das etapas do cálculo da pena' (HC 283.997/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 29/8/2014).

'AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. VETORES UTILIZADOS TANTO PARA A ESCOLHA DA PENA-BASE QUANTO PARA A FIXAÇÃO DO REDUTOR DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. DUPLA VALORAÇÃO NEGATIVA. BIS IN IDEM.

1. Extraí-se dos autos que **a quantidade e a qualidade da droga apreendida foram utilizadas como parâmetros tanto para fixar a pena-base acima do mínimo legal quanto para aplicar o redutor do art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006 no menor patamar legal.**

2. No ponto, vale registrar que esta Corte Superior passou a se alinhar ao entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a utilização da quantidade e do tipo da droga tanto no estabelecimento da pena-base como na aplicação da referida causa de diminuição caracteriza **bis in idem**.

3. Impõe-se, pois, a reforma da decisão agravada no particular, redimensionando-se as penas para afastar a dupla valoração [...] (AgRg no REsp 1.349.247/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 17/9/2014).

Portanto, a circunstância judicial referente à quantidade e variedade da droga poderá incidir na primeira ou terceira fase da dosimetria da pena. Dessarte, será utilizada para exasperar a pena-base, afastar a aplicação da minorante ou ainda para modular o nível de redução da pena.

E, tratando-se de uma circunstância judicial preponderante, ainda que aplicada na terceira fase, poderá ser utilizada para justificar a imposição de um regime prisional mais gravoso, pois não haveria sentido admitir tal possibilidade somente quando valorada na fixação da pena-base. É que, a partir da autorização concedida pelo Pretório Excelso no julgado acima referido, não há razão para proceder a tal diferenciação.

Neste sentido:

'HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. 1. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006 EM PATAMAR INFERIOR AO MÁXIMO (METADE). QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGA APREENDIDA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. 2. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 3. ORDEM DENEGADA.

1. À luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a quantidade de droga apreendida autoriza a aplicação do benefício inserido no art. 33, § 4º, do citado diploma legal, em patamar diverso do máximo de 2/3 (dois terços).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. No caso, o regime mais gravoso se mostra adequado, de acordo com o que preceituam os artigos 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, mesmo se tratando de pena inferior a 4 (quatro) anos (diga-se, 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão), levando em conta a quantidade e diversidade de droga apreendida em poder do paciente (27 tubetes de cocaína e 4 trouxinhas de maconha), circunstância essa inclusive utilizada - como já visto - para impedir a redução máxima quando da aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006.

3. Habeas corpus denegado' (HC 223.455/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 6/3/2012).

'PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A 8 ANOS. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. TRÁFICO PRIVILEGIADO. NÃO APLICAÇÃO. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE.

[...]

2. Admite esta Corte Superior que a natureza e a quantidade da substância entorpecente justificam a não aplicação da minorante do tráfico privilegiado, bem como a fixação de regime penal mais gravoso ao condenado por crime de tráfico de drogas, mesmo sendo estabelecida pena inferior a 8 (oito) anos, em observância ao art. 33, § 3º, do CP c/c art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

3. Habeas corpus não conhecido' (HC 276.781/RS, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 25/9/2014).

In casu, o eg. Tribunal de origem, na primeira fase, valorou favoravelmente todas as circunstâncias judiciais, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal. A pena definitiva não ultrapassou 4 anos, o recorrente é primário e não apresenta maus antecedentes. Não obstante, a quantidade e a variedade de entorpecentes foram utilizadas na terceira fase como moduladores para aplicação da causa de diminuição (fl. 238). Desse modo, considerada a pena final aplicada e a valoração negativa da quantidade e variedade de droga apreendida, o regime inicial adequado é o semiaberto.

Finalmente, cumpre registrar que o Pretório Excelso, nos termos da r. decisão proferida por ocasião do julgamento do HC n. 97.256/RS, ao considerar inconstitucional a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, contida no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06 (cujas execução foi suspensa pelo Senado Federal por meio da Resolução n. 5 de 16/2/2012), permitiu a concessão da benesse aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

No entanto, embora seja possível, em tese, a substituição, haja vista o montante final da penal aplicada não ultrapassar quatro anos, as circunstâncias do caso concreto indicam não ser ela recomendável. Isso porque, conforme a jurisprudência



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

firmada no âmbito desta Corte, a grande quantidade de droga impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Nesse sentido:

'HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE E NOCIVIDADE DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTO UTILIZADO NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASES. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. PENA-BASE REDUZIDA AO MÍNIMO LEGAL, SEM REFLEXO NA DOSIMETRIA, POIS JÁ HAVIA SIDO REDUZIDA AO MÍNIMO NA SEGUNDA FASE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO FIXADA EM 1/2. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA QUE JUSTIFICAM A FRAÇÃO UTILIZADA. REGIME PRISIONAL. PACIENTE PRIMÁRIO CONDENADO A PENA INFERIOR A 4 ANOS E CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. 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 o acórdão, dentro da discricionariedade permitida por lei, fundamenta, concretamente, na quantidade e natureza da droga apreendida.

5. 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.

6. Considerando que a pena foi fixada em 2 anos e 6 meses de reclusão, mas tendo em vista que o redutor foi aplicado em metade, por conta da quantidade e natureza da droga apreendida (117g de cocaína), deve ser fixado o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b" e § 3º, do Código Penal.

7. Quanto à possibilidade de substituição da pena, da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal, em 1º/9/2010, no julgamento do HC n. 97.256/RS, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei de Drogas, na parte relativa à proibição da conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados por tráfico de entorpecentes.

8. Não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto as circunstâncias do caso concreto não recomendam a substituição da pena, pois a quantidade da droga foi sopesada negativamente na terceira fase da dosimetria.

*9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto'(HC n. 355.126/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 31/5/2016, grifei).*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

'PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. ILEGALIDADE EVIDENCIADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. A quantidade e a natureza da droga apreendida podem interferir na escolha do regime mais gravoso de cumprimento de pena. Precedentes.

3. O quantum da condenação (1 ano e 8 meses de reclusão), a primariedade, a análise favorável das circunstâncias judiciais e a quantidade e a natureza da droga apreendida [7 (sete) pedras de "crack" contendo 1 grama] permitem ao paciente iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime intermediário, conforme art. 33, § 2º, alínea "b", do CP, c/c art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

4. **Esta Corte tem admitido que a impossibilidade da substituição da pena privativa de liberdade seja fundamentada com base na variedade, na quantidade e na natureza de droga apreendida.** No caso, considerada a natureza da droga apreendida ("crack"), a denotar contornos de maior gravidade ao tráfico ilícito de drogas, não se mostra socialmente recomendada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para, ratificando a liminar deferida, fixar o regime inicial semiaberto' (HC n. 331.343/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 26/11/2015).

'HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. REGIME PRISIONAL FECHADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. OFENSA À SUMULA N. 440/STJ. REGIME ABERTO DEFERIDO. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS COM BASE NA VARIEDADE E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. POSSIBILIDADE. 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.

- 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

- 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.

- **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.** Assim, fica afastada a aplicação do art. 44 do Código Penal ao caso, pois o sentenciante, de forma fundamentada, entendeu por sua inadequação ao caso em tela, ante o fato de que, com o paciente, foram apreendidos 30 eppendorfs de cocaína e 21 invólucros plásticos de maconha.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto' (HC n. 339.471/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 25/11/2015).

'HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. O Plenário da Suprema Corte, nos autos do HC n.º 97.256/RS, julgou inconstitucional a vedação contida no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

2. **Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos não se mostra socialmente recomendável, em razão da quantidade de droga apreendida - 6,3 gramas de maconha e 1.465 gramas de haxixe. Precedentes.**

3. Ordem de habeas corpus denegada' (HC n. 246.704/PR, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 13/8/2013).

'HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LEI Nº 11.343/06. INVIABILIDADE DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITO. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGA.

1. O Supremo Tribunal Federal entendeu possível, já diante da Lei nº 11.343/06, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ao considerar a inconstitucionalidade de parte do § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos.

2. **Em observância, todavia, ao art. 44, III, do Código Penal, diante da quantidade e diversidade da droga apreendida, não se mostra socialmente recomendável o deferimento do benefício da substituição de pena.**

3. Eventual conversão da pena corporal em medidas restritivas de direito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consubstanciaria infringência ao princípio da proporcionalidade, em sua face que veda a proteção deficiente a bens jurídicos constitucionalmente tutelados. No caso, a saúde pública.

4. Ordem denegada' (HC n. 241.545/DF, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Og Fernandes**, DJe de 25/6/2012).

*Ante o exposto, **dou provimento em parte** ao recurso especial para fixar o regime inicial **semiaberto** para o cumprimento da pena."*

Desse modo, **nego provimento** ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0334445-7

AgRg no
REsp 1.644.899 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0010000 00431558320128260050 10000 6462012 825/2012 8252012 RI001QSKB0000

PAUTA: 16/03/2017

JULGADO: 16/03/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : JUAN DE JESUS TORRES MORAN
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : JUAN DE JESUS TORRES MORAN
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, negou provimento ao agravo regimental."

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