



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 313.677 - RS (2015/0001931-9)**

**RELATOR** : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**IMPETRANTE** : JEAN CARLOS CARBONERA  
**ADVOGADO** : JEAN CARLOS CARBONERA  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
**PACIENTE** : ELIS REGINA PEREIRA (PRESO)

### **EMENTA**

*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, *CAPUT*, DA LEI 11.343/2006. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. SÚMULA 231/STJ. INCIDÊNCIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. UTILIZAÇÃO DE CIRCUNSTÂNCIA SOPESADA COMO MAJORANTE PARA FUNDAMENTAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO DO PRIVILÉGIO. *BIS IN IDEM*. ILEGALIDADE CONFIGURADA. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE. CRITÉRIO IDÔNEO. NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DO PATAMAR DE REDUÇÃO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA DA PACIENTE. REGIME PRISIONAL FECHADO. NATUREZA HEDIONDA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. PACIENTE PRIMÁRIA, CONDENADA A PENA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO, COM PONDERAÇÃO NEGATIVA DA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. REGIME SEMIABERTO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. 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.

2. "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal" (Súmula 231/STJ), razão pela qual a pena aplicada à paciente foi mantida no piso na segunda fase da dosimetria.

3. A quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, são



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preponderantes para a fixação das penas no tráfico ilícito de entorpecentes.

4. Configura indevido *bis in idem* a utilização da circunstância de o crime ter sido cometido nas dependências de estabelecimento prisional para fundamentar tanto o *quantum* de redução na aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, quanto a incidência da majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei 11.343/2006, razão pela qual tal fundamento deve ser decotado para efeito de escolha da fração de redução.

5. No caso, a quantidade e a natureza da droga apreendida configura fundamento idôneo para justificar a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 em patamar diverso da fração máxima, revelando-se adequada e proporcional, na espécie, a diminuição em 1/3.

6. O STF, 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.

7. A valoração negativa da quantidade e natureza dos entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso, bem como para obstar a respectiva substituição por pena restritiva de direitos. Precedentes.

8. No caso, a quantidade e a natureza dos entorpecentes foram ponderadas de forma negativa na terceira fase da dosimetria da pena, razão pela qual a paciente não faz jus ao regime aberto nem à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, revelando-se suficiente e proporcional a fixação do regime intermediário, na esteira do disposto no art. 33, §§ 2º, alínea *b*, e 3º, do Código Penal.

9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena privativa de liberdade da paciente para 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão e alterar o regime prisional para inicial semiaberto.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de junho de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 313.677 - RS (2015/0001931-9)**

**RELATOR** : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**IMPETRANTE** : **JEAN CARLOS CARBONERA**  
**ADVOGADO** : **JEAN CARLOS CARBONERA**  
**IMPETRADO** : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**  
**PACIENTE** : **ELIS REGINA PEREIRA (PRESO)**

### RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ELIS REGINA PEREIRA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 70053135661).

Consta dos autos que a paciente foi condenada, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime aberto, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, incidente a minorante prevista no § 4º do mesmo artigo e a majorante constante do art. 40, III, do mesmo estatuto (e-STJ fls. 22/25).

Irresignadas, acusação e defesa interpuseram apelações, sendo o recurso defensivo improvido e o ministerial provido para reduzir a fração do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 para 1/6, razão pela qual a pena da paciente foi redimensionada para 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão e multa, além de alterar o regime prisional para inicial fechado (e-STJ fls. 16/21). Segue a ementa do acórdão:

**TRÁFICO DE ENTORPECENTE. CRIME E AUTORIA COMPROVADOS. CONDENAÇÃO MANTIDA. PENA. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO MENOR NA REDUÇÃO PREVISTA NO § 4º.**

*I - Como afirmou a Magistrada, condenando a recorrente: “Entendo que a presente ação penal procede. Efetivamente a ré levou drogas para dentro do presídio, somente não logrando entregar ao seu companheiro porque foi revistada, na entrada, momento em que a substância foi encontrada e apreendida...”*

*II - A diminuição de redução pela aplicação do § 4º deva ser a mínima prevista em lei, tendo em vista situações que pesam em desfavor da apelada: a) traficava um entorpecente de nefasta*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*consequência como é do conhecimento de todos; b) a grande quantidade de droga que era levada, 132 gramas; c) a recorrida procurava introduzir o entorpecente para dentro do presídio, o que já é outra consequência muito negativa.*

*DECISÃO: Apelo defensivo desprovido. Apelo ministerial provido. Unânime.*

A condenação transitou em julgado e, posteriormente, a defesa propôs revisão criminal na Corte de origem, a qual não foi conhecida (e-STJ fls. 26/34).

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 1/15), o impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal à paciente, pois: *a) deixou de considerar a confissão espontânea para reduzir a reprimenda na segunda fase da dosimetria; b) alterou a fração do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 para o mínimo de 1/6 com base em afirmações genéricas, além de incidir em bis in idem, pois utilizou a circunstância majorante prevista no art. 40, III, da lei 11.343/2006 como um dos fundamentos para fixar o quantum da minorante; e c) fixou o regime inicial fechado com base na hediondez do delito.*

Ao final, liminarmente e no mérito, pede o redimensionamento da pena da paciente e a fixação do regime inicial semiaberto.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 38/40).

As informações foram prestadas às e-STJ fl. 47/65.

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls. 72/78, opinou pela concessão da ordem, de ofício, para que seja fixado o regime inicial semiaberto, cuja ementa segue transcrita:

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRANSPORTE DE DROGA (“CRACK”) PARA COMPANHEIRO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA AFASTOU MINORANTE DO §4º, ART. 33 DA LEI DE DROGAS E MAJOROU PARA O REGIME FECHADO O CUMPRIMENTO INICIAL DE PENA. TRANSITADO EM JULGADO SEM RECURSO DA DEFESA. ALTERAÇÃO DO REGIME CARCERÁRIO PLEITEADO NA REVISÃO CRIMINAL. NÃO CONHECIDO. INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DO REGIME FECHADO PARA OS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO NA GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME*



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

*PRATICADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INTELIGÊNCIA DAS SÚMULAS 718/STF E 719/STF E 440/STJ. COAÇÃO ILEGAL VERIFICADA.*

*- PARECER PELA CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO, A FIM DE FIXAR O REGIME INICIAL SEMIABERTO.*

Por meio da petição de e-STJ fls. 84/90, o impetrante expôs a precária situação da saúde da paciente e pediu a reconsideração do pedido liminar ou o pronto julgamento do mérito deste *writ*.

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 313.677 - RS (2015/0001931-9)

### VOTO

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

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. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

*PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

*I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.*

*[...] Habeas corpus não conhecido.*

(HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

*HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...].*

(STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, em princípio, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se, na presente oportunidade, a redução da pena em virtude da incidência da atenuante da confissão espontânea, a aplicação da fração máxima prevista para a minorante constante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, além do estabelecimento do regime prisional semiaberto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em relação à confissão espontânea, o Juízo sentenciante reconheceu a atenuante, mas deixou de reduzir a pena, na segunda fase da dosimetria, tendo em vista que a pena-base foi fixada no mínimo legal, conforme segue (e-STJ fl. 25):

*Deixo de proceder a diminuição em razão da confissão pois a pena já está arbitrada no mínimo legal.*

Esse entendimento foi secundado pelo Tribunal *a quo* e encontra-se em sintonia com a jurisprudência desta Corte, consolidada no enunciado da Súmula 231/STJ, *in verbis*: "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".

Dessa forma, no ponto, não há falar em ilegalidade.

Quanto ao critério de aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, prescreve o art. 42 do mesmo estatuto, "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 a conduta social do agente".

Dessa forma, a consideração da natureza e quantidade da droga constitui critério idôneo para a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, na primeira fase da dosimetria da pena, ou para a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, quando for o caso.

No caso, o Tribunal *a quo* alterou a fração de redução fixada na sentença para o mínimo previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, nos termos seguintes (e-STJ fls. 19/20):

*Por outro lado, o recurso ministerial procede. Mantenho a aplicação da redução prevista no § 4º, porque este tem sido o pensamento da Câmara em hipóteses similares à do presente julgamento.*

*Porém, penso que a diminuição deva ser a mínima pelos seguintes fatos que pesam em desfavor da apelada: a) traficava um entorpecente de nefasta consequência como é do conhecimento de todos; b) a grande quantidade de droga que era levada, 132 gramas; c) a recorrida procurava introduzir o entorpecente para dentro do presídio, o que já é outra consequência muito negativa.*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*As situações apontadas antes, do meu ponto de vista, não permitiria o benefício citado, mas, nesta situação, sigo a orientação do colegiado. Porém, como já adiantado, determinam a redução se faça no mínimo legal, ou seja, um sexto. Passo-a (pena inicial) para quatro anos e dois meses de reclusão.*

Assim, constata-se que a utilização da natureza e quantidade de droga apreendida – 132 g de crack – constitui critério idôneo para o estabelecimento da fração de redução. Entretanto, houve dupla valoração da circunstância de o crime ter sido cometido nas dependências de estabelecimento prisional para fundamentar tanto o *quantum* de redução quanto para aplicar a majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei 11.343/2006, conforme é possível extrair da transcrição supra e do seguinte trecho do acórdão impugnado (e-STJ fl. 20): "A fração de aumento pela aplicação do artigo 40, III, é mantida, pois dela não houve recurso".

Portanto, decotado um dos fundamentos utilizados pela Corte local como critério para fixar o *quantum* de redução e, considerando a quantidade e natureza da droga apreendida – 132 g de crack –, entendo proporcional e adequado aplicar a fração da minorante em 1/3.

Em consequência, passo ao redimensionamento da pena da paciente.

Mantidos os critérios utilizados pelo Tribunal de origem na primeira e segunda fase da dosimetria, com pena provisória de 5 anos de reclusão e multa, procedo à diminuição da pena em 1/3 pela incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, acrescida de 1/6 pela aplicação da majorante prevista no art. 40, inciso III, do mesmo estatuto, razão pela qual redimensiono a pena privativa de liberdade da paciente para 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão.

Por fim, em relação ao regime prisional, constata-se que o Tribunal *a quo* fixou o inicial fechado com base na seguinte assertiva (e-STJ fl. 20):

*O regime, por disposição da Lei 11.343, será o fechado.*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Entretanto, como cediço, em se tratando de tráfico de entorpecentes, desde o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n. 111.840/ES, inexistente 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.

Esse entendimento também é adotado por ambas as Turmas da Terceira Seção desta Corte, conforme segue:

*CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (LEI N. 11.343/2006, ART. 33). APREENSÃO DE 4,37G DE COCAÍNA E 2,54G DE CRACK. PENA FIXADA EM 1 (UM) ANO E 8 (OITO) MESES DE RECLUSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DE IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO (STF, HC N. 111.840). ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

[...]

*02. Para o Supremo Tribunal Federal, "se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado" (HC n. 111.840/ES, Rel. Ministro Dias Toffoli). À luz dessas premissas, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (HC n. 97.256/RS, Rel. Ministro Ayres Brito) e do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (HC n. 111.840/ES, Rel. Ministro Dias Toffoli).*

*Consequentemente, se satisfeitos os pressupostos legais, aos réus condenados por crime de tráfico de drogas não podem ser negados o regime prisional aberto ou semiaberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (HC n. 306.980/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 18/11/2014; HC 297.688/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 11/11/2014).*

*03. No crime de tráfico de drogas, sendo o réu primário e a pena privativa de liberdade aplicada inferior a 4 (quatro) anos, pode cumpri-la em regime aberto ou tê-la substituída por restritiva de direito, desde que as circunstâncias judiciais lhe sejam favoráveis e insignificante a quantidade de drogas apreendidas [4,34g de cocaína e 2,4g de crack] (Lei n. 11.343/2006, art. 42; STJ, AgRg*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*no AREsp 202.564/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 10/02/2015; AgRg no REsp 1.462.967/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 05/02/2015; HC 294.400/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 28/04/2015; AgRg no AREsp 601.000/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 25/11/2014).*

*04. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para: a) estabelecer o regime aberto para cumprimento inicial da pena; b) substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, observadas as condições que deverão ser estabelecidas pelo Juízo da execução. (HC 321.664/SP, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO, Quinta Turma, DJe 3/8/2015).*

*HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, INCISO VI, DA LEI N.º 11.343/06. AFASTAMENTO. ASPECTOS OBJETIVOS. CONSIDERAÇÕES OUTRAS. INCURSÃO NA SEARA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.*

*[...]*

*3. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.*

*4. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos e 10 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.*

*[...]*

*6. Habeas corpus não conhecido. (HC 322.546/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 3/8/2015).*

Dessa forma, constata-se a inidoneidade dos fundamentos utilizados pelas



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

instâncias ordinárias para fixar o regime prisional fechado.

Não obstante, a quantidade e a natureza dos entorpecentes – 132 g de crack – foram ponderadas de forma negativa na terceira fase da dosimetria da pena, razão pela qual a paciente não faz jus ao regime aberto nem à substituição por restritiva de direitos, revelando-se suficiente e proporcional a fixação do regime intermediário, na esteira do disposto no art. 33, §§ 2º, alínea *b*, e 3º, do Código Penal.

Com efeito, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a valoração negativa da quantidade e natureza dos entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação de regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso. 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.*

[...]

*2. Justificado o quantum de redução pela minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em razão da qualidade e 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 quantidade e da natureza da droga apreendida (55 porções de cocaína e maconha), inexistindo ilegalidade patente a ser reparada na via estreita do mandamus.*

*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*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*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 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, DJe 11/9/2015).*

**HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NÃO CONHECIMENTO.**

*1. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.*

*2. Mantido o regime inicial fechado e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos pelo Tribunal de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, em especial a quantidade e a natureza da droga apreendida - 25,5 g de cocaína - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.*

*3. Habeas corpus não conhecido. (HC 321.231/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 11/9/2015).*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem**, de ofício, para redimensionar a pena privativa de liberdade da paciente para 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão e alterar o regime prisional para inicial semiaberto.

É o voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0001931-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 313.677 / RS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01021200009573 02574822420148217000 1021200009573 2574822420148217000  
43052120128210010 70053135661 70060649191

EM MESA

JULGADO: 21/06/2016

#### Relator

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

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

IMPETRANTE : JEAN CARLOS CARBONERA

ADVOGADO : JEAN CARLOS CARBONERA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PACIENTE : ELIS REGINA PEREIRA (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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.