



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 355.126 - SP (2016/0113925-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIELLE MITIE KITA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALDINEI RIBEIRO SOUSA

EMENTA

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.

1. 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.

2. Esta Corte Superior, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral (ARE 666.334/MG, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014), pacificou entendimento no sentido de que a natureza e a quantidade da droga não podem ser utilizadas, concomitantemente, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, sob pena de *bis in idem*.

3. Tendo em vista que a natureza da droga foi sopesada tanto na fixação da pena-base como na aplicação do redutor do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, a pena-base do paciente deve ser reduzida ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mínimo legal, em virtude do *bis in idem*, contudo, sem reflexo na dosimetria, porquanto a pena-base já tinha sido reduzida ao mínimo legal na segunda fase.

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.

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, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 24 de maio de 2016(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 355.126 - SP (2016/0113925-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIELLE MITIE KITA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALDINEI RIBEIRO SOUSA

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de ALDINEI RIBEIRO SOUSA, no qual aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0000048-73.2015.8.26.0570).

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado, bem como ao pagamento de 250 dias-multa.

Interposta apelação, o Tribunal local negou provimento ao recurso defensivo e, suprimindo omissão verificada, fixou o regime inicial fechado, em consonância com a fundamentação constante da sentença, em acórdão assim ementado (fls. 34/37):

Tráfico de drogas Recursos das defesas requerendo, preliminarmente, a nulidade processual, com a anulação de todos os atos processuais desde o recebimento da denúncia por inversão no procedimento da Lei de Drogas e, no mérito, absolvição por insuficiência de provas e, subsidiariamente, a aplicação do redutor de pena previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 em seu grau máximo, a fixação de regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos Preliminar afastada Inversão no rito procedimental que não prejudicou os apelantes, tanto que apresentaram defesa preliminar e nada disseram em sede de alegações finais Mérito - Comprovação da traficância - Provas isentas e incriminadoras baseadas nos seguros e coerentes depoimentos dos policiais militares Impossibilidade de aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 em seu grau máximo, para ambos os réus, pois a quantidade de drogas apreendidas demonstra que não eram traficantes ocasionais Aplicação do redutor de 1/2 (metade) beneficiou os réus Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois o crime de tráfico de drogas deve ser tratado com



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mais rigor Suprida a omissão quanto a fixação de regime inicial fechado por conclusão lógica da fundamentação da r. sentença - Negado provimento.

No presente *writ*, a impetrante alega que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, tendo em vista que: a) há *bis in idem* na utilização da quantidade de droga apreendida para ensejar o aumento de pena-base e para aplicar o redutor de pena, previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, em fração inferior à máxima; b) foram apreendidos 111,7 gramas de cocaína, quantidade que não pode ser considerada expressiva e não é suficiente para fundamentar o aumento da pena-base ou a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º em patamar inferior ao máximo; c) não há motivação idônea para a manutenção do regime fechado, porquanto o paciente é primário, a quantidade de drogas apreendidas não é expressiva e o patamar de pena aplicado aponta para a fixação do regime inicial aberto; d) o paciente faz jus ao benefício da substituição da pena, na forma do art. 44 do Código Penal.

O pedido liminar foi deferido, em parte, para assegurar ao paciente o direito de aguardar, no regime semiaberto, o julgamento do presente *habeas corpus*.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 48/52, pela concessão parcial da ordem:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. CIRCUNSTÂNCIAS CONSIDERADAS NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA

CONCOMITANTEMENTE. BIS IN IDEM. FRAÇÃO DE REDUÇÃO FIXADA NA TERCEIRA FASE. DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. PRIMARIEDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. REGIME SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA NÃO RECOMENDÁVEL DIANTE DA QUANTIDADE E DA NATUREZA DAS DROGAS.

Parecer pelo conhecimento e concessão parcial do writ.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 355.126 - SP (2016/0113925-5)

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).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, de início, 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.

Como já consignado no relatório, busca a defesa a fixação da pena-base no mínimo legal, a aplicação da causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no patamar máximo de 2/3, a aplicação do art. 44 do Código Penal e a fixação de regime menos gravoso para o cumprimento da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sabe-se que 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, constata-se que a quantidade e a natureza da droga foram utilizadas para exasperar a pena-base e, também, como parâmetro para fixar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 em 1/2, conforme segue (fl. 29):

A pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da quantidade de drogas apreendidas e da sua natureza - cocaína - substância altamente nociva aos seus usuários.

Na segunda fase da dosimetria, a circunstância atenuante da confissão espontânea ao réu Aldinei foi reconhecida, retornando a sua pena ao mínimo legal.

Na terceira fase, inviável a aplicação do redutor previsto no 4º, do art. 33 da Lei 11.343/06 em seu grau máximo, devido à quantidade de droga apreendida, o que indicia não se tratarem de traficantes ocasionais, pelo que a redução de 1/2 (metade) deve ser mantida, frisando que beneficiou os réus.

Assim, não obstante seja idônea a consideração da quantidade e natureza de droga como circunstância apta a exasperar a pena-base ou para servir de parâmetro para a redução da pena na terceira fase da dosimetria, esta Corte Superior, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral (ARE 666.334/MG, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014), pacificou entendimento no sentido de que a natureza e a quantidade da droga não podem ser utilizadas, concomitantemente, na primeira e terceira fases da dosimetria da pena, sob pena de *bis in idem*.

A propósito, confirmam-se os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE, NATUREZA E DIVERSIDADE DE DROGA APREENDIDA CONSIDERADAS EM DOIS MOMENTOS DISTINTOS DO CRITÉRIO TRIFÁSICO. MENSURAÇÃO DO MAIOR OU MENOR ENVOLVIMENTO DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACUSADO COM O TRÁFICO DE DROGAS. COAÇÃO ILEGAL EVIDENCIADA. DECISÃO QUE DEVE SER MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. Deve ser mantida por seus próprios fundamentos, a decisão monocrática em que se concede ordem de habeas corpus de ofício, para reduzir a pena-base ao mínimo legal, quando evidenciado que a quantidade e diversidade da droga apreendida foi considerada tanto para exasperar a pena-base quanto para afastar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

2. O entendimento consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, em consonância com a posição adotada no Supremo Tribunal Federal, no sentido da impossibilidade de consideração da natureza e quantidade de droga apreendida em dois momentos distintos do critério trifásico, engloba a consideração do maior ou menor envolvimento do réu com o tráfico de drogas, não servindo referido posicionamento apenas para evitar a consideração da circunstância no percentual de aumento da pena-base e diminuição, em razão da minorante.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 308.020/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, DJe 22/6/2015)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. VALORAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASES DA DOSIMETRIA. IMPOSSIBILIDADE. BIS IN IDEM. REPERCUSSÃO GERAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

III - 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 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 (ARE 666.334 RG/AM, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 6/5/2014).

IV - No caso dos autos, o v. acórdão reprochado diverge do atual entendimento do col. STF sobre a matéria, uma vez que considerou a natureza e a quantidade da droga na primeira e na terceira fases da dosimetria.

Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para que o eg. Tribunal de origem proceda à nova dosimetria da pena da paciente.

(HC 312.659/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 19/6/2015)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessa forma, a dupla valoração da natureza da droga em fases distintas da dosimetria, efetivamente, configura constrangimento ilegal, passível de correção pela presente via constitucional.

Assim, para o fim de afastar o *bis in idem* ora identificado, a pena-base deve ser reduzida ao mínimo legal, sem reflexo na dosimetria, pois a sua pena foi reduzida ao mínimo legal na segunda fase.

Em relação à redutora do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, o Tribunal local ao manter a fração no patamar de 1/2 consignou que (fl. 29):

Na terceira fase, inviável a aplicação do redutor previsto no 4º, do art. 33 da Lei 11.343/06 em seu grau máximo, devido à quantidade de droga apreendida, o que indicia não se tratarem de traficantes ocasionais, pelo que a redução de 1/2 (metade) deve ser mantida, frisando que beneficiou os réus.

Observa-se, pela leitura dos excertos supra, que as instâncias ordinárias fixaram o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 no patamar mínimo de 1/2 tendo em vista elevada quantidade e natureza da droga apreendida – 117g de cocaína –, que denotavam que o paciente se dedicava à atividade criminosa.

Sobre a possibilidade de a quantidade e natureza da droga embasar o percentual de redução nos casos de reconhecimento da figura do tráfico privilegiado, destaco:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS. AFASTAMENTO DA REDUÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. RECURSO DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. DESNECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE MATÉRIA PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA NA PRIMEIRA OU NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA PENAL. AGRAVO DESPROVIDO.

II - "[...] A questão discutida neste recurso especial não demanda o revolvimento de matéria fático-probatória, procedimento que é obstado pela Súmula n. 7 deste Superior Tribunal, tal como ocorre, por exemplo, com a valoração das circunstâncias judiciais (uma a uma). O caso, diversamente, demanda apenas o reexame da aplicação da pena, providência admitida em caráter excepcional, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68 do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, sob o aspecto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da legalidade, nas hipóteses de falta ou de equívoco evidente de fundamentação das circunstâncias judiciais (como no caso) ou, ainda, de erro de técnica no critério trifásico de aplicação da pena" (AgRg no REsp n.

1.475.447/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 22/6/2015).

III - A circunstância judicial referente à quantidade e variedade da droga poderá incidir na primeira ou terceira fase da dosimetria da pena, para exasperar a pena-base, afastar a aplicação da minorante ou ainda para modular o nível de redução da pena, sempre de maneira não cumulativa. Precedentes do eg. STF e do STJ.

Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1445752/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 06/11/2015)

Assim, não verifico constrangimento ilegal a ser sanado no ponto em que foi aplicada a diminuição da pena em 1/2, em prestígio à discricionariedade do julgador, que fundamentou concretamente a escolha desse percentual, ao sopesar a quantidade e natureza da droga apreendida, bem como outros elementos que denotavam que o paciente se dedicava à atividade criminosa.

Em relação ao regime, 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 dos autos, considerando que a pena foi fixada em 2 anos e 6 meses de reclusão, mas tendo em vista que o redutor foi aplicado em apenas 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.

Por fim, quanto à possibilidade de substituição da pena, da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal, em 1/9/2010, 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.

Dessarte, a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos baseada na hediondez do delito e/ou na gravidade abstrata do crime, configura 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 restritiva de direitos. De fato, embora o *quantum* de pena fixado seja inferior a 4 (quatro) anos, preenchendo, portanto, o requisito objetivo, observo que as circunstâncias do caso, a quantidade do entorpecente apreendido - 117 gramas de cocaína - 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. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 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, julgado em 25/08/2015, DJe 11/09/2015).

Ante o exposto, **não conheço** do habeas corpus. Contudo, **concedo** a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordem, de ofício, para reconhecer o *bis in idem*, sem, contudo, modificar a pena, conforme acima explanado, e para fixar o regime semiaberto de cumprimento a pena, confirmando a liminar anteriormente deferida.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0113925-5

HC 355.126 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00000487320158260570 20160000033832 487320158260570

EM MESA

JULGADO: 24/05/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSE ADONIS CALLOU DE ARAUJO SA**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: DANIELLE MITIE KITA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ALDINEI RIBEIRO SOUSA
CORRÉU	: ALEXANDRE FERREIRA PAZ

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.