



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 477.650 - SP (2018/0293848-8)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : PATRÍCIA MALITE IMPERATO - SP111063
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELIAQUIM ALVES BATISTA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. MINORANTE DO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. PATAMAR MÁXIMO. REQUISITOS PREENCHIDOS. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. CABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA.

1. Considerando que o Paciente preenche todos os requisitos necessários à aplicação da minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, e tendo em vista a quantidade da droga apreendida – 11 porções de cocaína, pesando 2,62 gramas, 13 porções de *crack*, com peso de 3,23 gramas, e 17 porções de maconha, pesando 14,18 gramas –, deve ser aplicado o redutor no seu patamar máximo, qual seja, 2/3 (dois terços), atendendo-se à proporcionalidade necessária e suficiente para a reprovação do crime.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal e as Súmulas n.ºs 440/STJ e 718 e 719/STF.

3. Fixada a pena-base do Paciente no mínimo legal, dada a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, considerada a sua primariedade e a inexistência de fundamentação concreta para a fixação do regime diverso do legal, não é possível infligir-lhe regime prisional mais gravoso. Pelas mesmas razões e, tendo em vista a aplicação da minorante prevista no parágrafo 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, em seu patamar máximo, mostra-se socialmente recomendável a substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, sendo ilegal a negativa da substituição.

4. Ordem de *habeas corpus* concedida para, mantida a condenação do Paciente, reduzir as penas para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, fixar o regime aberto como regime inicial para o cumprimento de pena e conceder a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, que deverão ser escolhidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 11 de dezembro de 2018 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ

Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 477.650 - SP (2018/0293848-8)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : PATRÍCIA MALITE IMPERATO - SP111063
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELIAQUIM ALVES BATISTA (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de ELIAQUIM ALVES BATISTA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido na Apelação n.º 0000407-95.2016.8.26.0567.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado às penas de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 334 (trezentos e trinta e quatro) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, porque tinha em depósito, com outro corréu, 11 porções de cocaína, pesando 2,62 gramas, 13 porções de *crack*, com peso de 3,23 gramas, e 17 porções de maconha, pesando 14,18 gramas.

Irresignada, a Defesa interpôs apelação, à qual a Corte de origem negou provimento (fls. 159-169).

Neste *writ*, a Parte Impetrante sustenta que não houve fundamentação idônea para a fixação do patamar de 1/3 para redução da pena pela minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, para a fixação do regime inicial fechado e para a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.

Requer, em liminar, a soltura do Paciente, com a concessão de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos e de regime aberto. No mérito, busca a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, no patamar máximo, a aplicação de penas restritivas de direitos e a revisão do regime inicial de cumprimento da pena.

Deferi parcialmente o pedido liminar (fls. 198-202) para determinar, até o julgamento definitivo do *writ*, a fixação do regime aberto como o inicial para o cumprimento da pena imposta ao Paciente, com as condições a serem definidas pelo Juízo das Execuções Penais.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 207-211 e 213-229.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 233-236, opinando pela concessão da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 477.650 - SP (2018/0293848-8)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. MINORANTE DO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. PATAMAR MÁXIMO. REQUISITOS PREENCHIDOS. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. CABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA.

1. Considerando que o Paciente preenche todos os requisitos necessários à aplicação da minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, e tendo em vista a quantidade da droga apreendida – 11 porções de cocaína, pesando 2,62 gramas, 13 porções de *crack*, com peso de 3,23 gramas, e 17 porções de maconha, pesando 14,18 gramas –, deve ser aplicado o redutor no seu patamar máximo, qual seja, 2/3 (dois terços), atendendo-se à proporcionalidade necessária e suficiente para a reprovação do crime.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal e as Súmulas n.ºs 440/STJ e 718 e 719/STF.

3. Fixada a pena-base do Paciente no mínimo legal, dada a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, considerada a sua primariedade e a inexistência de fundamentação concreta para a fixação do regime diverso do legal, não é possível infligir-lhe regime prisional mais gravoso. Pelas mesmas razões e, tendo em vista a aplicação da minorante prevista no parágrafo 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, em seu patamar máximo, mostra-se socialmente recomendável a substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, sendo ilegal a negativa da substituição.

4. Ordem de *habeas corpus* concedida para, mantida a condenação do Paciente, reduzir as penas para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, fixar o regime aberto como regime inicial para o cumprimento de pena e conceder a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, que deverão ser escolhidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Conforme relatado, o Paciente foi condenado às penas de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 334 (trezentos e trinta e quatro) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, porque tinha em depósito, com outro corréu, 11 porções de cocaína, pesando 2,62 gramas, 13 porções de *crack*, com peso de 3,23 gramas, e 17 porções de maconha, pesando 14,18 gramas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Verifica-se da sentença e do acórdão de apelação impugnados que o Paciente é primário e a pena-base foi fixada no mínimo legal, pela ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

O Juízo sentenciante fixou a reprimenda nos seguintes termos (fls. 136-137, sem grifos no original):

"[...]

Em relação à ELIAQUIM, atento aos critérios estipulados no art. 59 do Código Penal, favoráveis ao acusado, que não ostenta antecedentes, fixo a pena base do delito no mínimo legal, a saber: 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO e multa de 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA, cada qual no meu mínimo legal, em razão de sua aparente hipossuficiência.

Não há atenuantes ou agravantes a considerar. Permanece a pena no mesmo patamar.

*Na terceira fase de dosagem penal, verifico a presença de uma causa de diminuição da pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, pelo que diminuo em 1/3 a pena até agora calculada, chegando-se ao 'quantum' de 03 (TRÊS) ANOS E 04 (QUATRO) MESES DE RECLUSÃO e multa de 334 (TREZENTOS E TRINTA E QUATRO) DIAS-MULTA. **A redução não pode se dar no máximo, diante da variedade, considerável quantidade e potencial lesivo da droga apreendida.***

Destarte, em relação ao réu ELIAQUIM, não havendo incidência de qualquer outro instituto penal a influenciar na quantificação da reprimenda, torno definitivas as penas em 03 (TRÊS) ANOS E 04 (QUATRO) MESES DE RECLUSÃO e multa de 334 (TREZENTOS E TRINTA E QUATRO) DIAS-MULTA, cada qual em seu patamar mínimo.

[...]

Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Trata-se de benesse legal incompatível com o regime constitucional imposto aos crimes hediondos e demais delitos equiparados, como na presente hipótese.

Incabível também e igualmente a suspensão condicional da pena, devido ao obrigatório regime inicial de cumprimento de pena, para crimes dessa natureza, bem como diante da insuficiência da medida à prevenção e à repressão do crime em comento, de inegáveis abalo e prejuízo à comunidade, conforme argumentos já declinados.

O regime prisional inicial é o fechado, a expresso teor legal (Lei nº 8.072/90, art. 2º, §1º, com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007). Com efeito, tratando-se de delito equiparado aos crimes hediondos, a legislação vigente, que deve ser prestigiada, estipula esse regime inicial obrigatório. Em que pese respeitáveis vozes em sentido contrário, tenho que tal disposição normativa não afronta a individualização das penas, na medida em que, para esse efeito legal, existem diversas fases, não apenas a judicial, de aplicação da lei ao caso concreto, mas antes e primordialmente, a legislativa, com a previsão legal dos regimes cabíveis. Não se pode adotar, simplesmente, o critério do vetusto Código Penal, pois, tratando-se de lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordinária, tem sua aplicação afastada com a novel legislação especial editada, inclusive em atenção a comando institucional. A Lei dos Crimes Hediondos foi editada como resposta ao elevado nível de criminalidade, punindo com maior rigor os crimes nela previstos (hediondos e equiparados, em repetição da Carta Maior), daqueles cuja sociedade mostra seu inexorável repúdio; é resposta da sociedade, legalmente representada no Congresso Nacional, com sanção Presidencial, àqueles que, em inequívoco prejuízo à coletividade, desrespeitam toda e qualquer norma, em atos violentos (ou a fomentar violência), ou em busca de lucro fácil, ainda que à custa da saúde pública, atingindo pessoas já doentes, inconsequentes, incautas ou miseráveis.

Outrossim, respeitada orientação em sentido diverso, tenho que o reconhecimento do chamado 'privilégio' (§ 4º do art. 33, da lei em comento), não altera a equiparação do delito aos hediondos; isso porque tal consideração constitucional (art. 5º, inc. XLIII, da CF/88) e legal (Lei 8078/90) prescinde da avaliação das condições pessoais do agente, tratando-se de delitos previstos em rol expresso e não excepcionado, submetido a regime mais gravoso; ademais, entendimentos superiores recentes não são dotados de vinculação aos demais graus de jurisdição, especialmente pela ausência de decisão em caráter erga omnes ou edição de súmula vinculante pelo C. STF, única fonte jurisprudencial que teria tal eficácia (com previsão de aplicação, rito e quórum bastante rígidos), conforme previsão constitucional vigente (art. 103-A, da CF/1988, que desafiou, para sua implementação, ampla discussão e apreciação de emenda constitucional, corporificada sob nº 45/2004).

[...]".

A Corte de origem, ao julgar o recurso de apelação da Defesa, manteve a sentença condenatória, afirmando o seguinte (fls. 166-168):

"[...]

No que tange a ELIAQUIM, insta salientar, que, segundo entendimento desta Colenda Câmara, a dosagem do índice da redução derivada dessa causa especial de diminuição de pena levará em conta as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, com a situação de preponderância definida no artigo 42 da Lei nº 11.343/06.

Deste modo, considerando que os acusados foram surpreendidos na posse de 11 porções de cocaína, pesando 2,62g; 13 porções de crack, com peso de 3,23g, e 17 porções de maconha, pesando 14,18g, insta manter-se a fração redutora de 1/3 (um terço), resultando em 03 anos e 04 meses de reclusão mais 334 diárias, no piso, corrigido.

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade imposta a ELIAQUIM por restritivas de direitos, porque, não obstante a edição da Resolução nº 5, de 15/02/2012, e a declaração de inconstitucionalidade do artigo 44 da Lei nº 11.343/06 pelo C. STF, nos autos do HC 97256/RS, na parte em que 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos', pelas circunstâncias do caso concreto, não se mostra socialmente recomendável a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos, com a observação de que o apelante, com seu ilícito comportamento, procurava



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

difundir e disseminar o uso de drogas, que, na maioria das vezes, atinge pessoas jovens, infelicitando-as e arruinando suas vidas futuras.

Por derradeiro, quanto ao regime prisional fixado (inicial fechado), para o desconto da privativa de liberdade, não há de ser alterado, por duas razões principais: a uma, porque foi determinado de forma precisa e correta, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal e, a duas, porque o delito pelo qual foram os apelantes condenados tráfico de drogas, equiparado a hediondo, não se sujeita a regime mais brando, pois, como público e notório, provoca o recrudescimento da violência e da intranquilidade social, além da desagregação da instituição familiar."

Quanto ao pleito relativo ao redutor do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, verifica-se que as razões utilizadas pelas instâncias ordinárias para não aplicar o *quantum* máximo não possuem fundamentação adequada ao caso.

Com efeito, o Juízo sentenciante considerou favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, fixando a pena-base no mínimo legal, além de reconhecer o preenchimento de todos os requisitos para a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006.

Desse modo, tendo em vista a **quantidade da droga apreendida (11 porções de cocaína, pesando 2,62 gramas, 13 porções de crack, com peso de 3,23 gramas, e 17 porções de maconha, pesando 14,18 gramas) e atendendo-se à proporcionalidade necessária e suficiente para reprovação do crime**, deve ser aplicada a causa especial de diminuição de pena no seu patamar máximo, qual seja, 2/3 (dois terços).

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. AFASTAMENTO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO EM PATAMAR MÁXIMO. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. A Corte de origem não logrou fundamentar de maneira idônea o afastamento da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, porquanto não declinou elementos concretos dos autos aptos a demonstrar a efetiva dedicação do paciente às atividades criminosas ou a sua participação em organização criminosa e a quantidade do entorpecente apreendida não é expressiva - 1,4g de cocaína. Imperiosa, pois, a aplicação da minorante no patamar máximo, redimensionando-se a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa.

2. Fixada a pena-base no mínimo legal, ante a ausência de motivos para a sua exasperação, e aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em patamar máximo, sendo a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reprimenda final de 1 ano e 8 meses de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a teor do disposto no art. 33, § 2º, c, e 44 e incisos, ambos do Código Penal.

3. Ordem concedida a fim de reduzir a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, bem como fixar o regime inicial aberto, possibilitando, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções. Ratificação da liminar concedida, para determinar que o início da execução provisória da pena se dê somente depois de esgotadas as instâncias ordinárias." (HC 424.989/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 14/03/2018, sem grifos no original.)

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE REDUZIDA AO MÍNIMO LEGAL. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. APLICAÇÃO EM 2/3. REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS NÃO CONSIDERÁVEL. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

[...]

3. ***Constituindo a quantidade de droga elemento norteador na fixação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, o volume pouco expressivo de entorpecente autoriza a aplicação do redutor em seu grau máximo.***

4. Consoante o entendimento firmado pelo STJ, a natureza e a quantidade da droga apreendida constituem fundamento hábil a justificar tanto a imposição do regime mais severo quanto o indeferimento da substituição das penas, desde que o volume não seja considerado inexpressivo.

5. Assim, tratando-se de réu primário, com pena-base fixada no mínimo, a apreensão de quantidade não considerável de entorpecentes não constitui elemento apto a justificar a imposição do regime prisional mais severo ou o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

6. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC 429.786/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 06/06/2018, sem grifos no original.)

No tocante ao regime de cumprimento de pena, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal e as Súmulas n.ºs 440/STJ e 718 e 719/STF.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REGIME INICIAL FECHADO. HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. DESCABIMENTO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MINORANTE APLICADA EM METADE. REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. CABIMENTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

III - O col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

IV - O col. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n. 111.840/ES (Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 17/12/2013), declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com redação dada pela Lei n. 11.464/07, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

V - Seguindo tal orientação, firmou-se o entendimento nesta Corte segundo o qual o julgador deve observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, quando da fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, independente de o crime ser hediondo ou equiparado. Além disso, segundo pacífica jurisprudência deste Tribunal, a hediondez do crime de tráfico de drogas não autoriza, por si só, a fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da pena.

VI - O excelso Supremo Tribunal Federal, em r. decisão oriunda do Tribunal Pleno, no Habeas Corpus n. 118.533/MS, afastou o caráter hediondo dos delitos de tráfico ilícito de entorpecentes em que incida a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, como ocorre no presente caso.

VII - In casu, verifica-se que a pena-base foi fixada no mínimo legal, tendo ainda sido aplicada em metade a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. As circunstâncias judiciais, portanto, foram todas consideradas favoráveis.

VIII - Sendo o paciente primário, fixada a pena-base no mínimo legal e consideradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o regime aberto mostra-se o adequado para o resgate da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, do Código Penal, bem como de acordo com o entendimento constante das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e n. 440 desta Corte Superior.

IX - 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 (cuja execução foi suspensa pelo Senado Federal por meio da Resolução n. 5 de 16/2/2012),



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, como ocorre no presente caso.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime aberto para o início de cumprimento da pena e determinar a sua substituição por restritiva de direitos, nos moldes a serem definidos pelo MM. Juízo da Execução Penal, mantidos os demais termos da condenação." (HC 453.301/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 28/06/2018, sem grifos no original.)

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. RACIONALIZAÇÃO DA UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO HEROICO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. INDEFERIDA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FUNDAMENTO NA HEDIONDEZ DO DELITO E NA GRAVIDADE ABSTRATA DA CONDUTA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PRIMARIEDADE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL RECONHECIDO.

[...]

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES em 27/6/2012, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe conferiu a Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados.

3. Em 1º/9/2010, quando do julgamento do HC n. 97.256/RS, a Corte Suprema declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade das expressões 'vedada a conversão em penas restritivas de direito' e 'vedada a conversão de suas penas em restritivas de direito', constantes, respectivamente, do §4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena.

4. **Caso em que o regime fechado foi aplicado à pena reclusiva imposta à paciente, mais severo do que a reprimenda comporta, sem fundamentação idônea, apenas com fulcro na hediondez do delito e na gravidade abstrata da conduta. Afronta ao art. 93, IX, da Constituição da República, e ao Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte Superior de Justiça, segundo o qual: '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'. Nos mesmos termos, estão os Enunciados n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, também afrontados pelas instâncias ordinárias.**

5. Considerando o quantum da condenação (1 ano, 11 meses e 10 dias), a primariedade da paciente, o fato de não lhe terem sido apontadas circunstâncias judiciais desfavoráveis e o preenchimento dos pressupostos previstos no art. 44 do Código Penal, configura constrangimento ilegal a aplicação do regime inicial fechado e a negativa de substituição das penas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

privativas de liberdade por restritivas de direitos.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para alterar o regime de cumprimento de pena para o aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais." (HC 360.539/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 24/08/2016, sem grifos no original.)

Confirmam-se, a propósito, os mencionados verbetes sumulares:

"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." (Súmula n.º 440 do STJ)

"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." (Súmula n.º 718 do STF)

"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea." (Súmula n.º 719 STF)

No caso, considerando o *quantum* de pena estabelecido, a primariedade do Condenado e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, mostra-se cabível a fixação do regime inicial aberto, conforme o disposto no art. 33, § 2.º, alínea c, e § 3.º, do Código Penal, mediante condições a serem estabelecidas pelo Juízo da Execução Penal.

De outra parte, também assiste razão à Parte Impetrante quanto ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.

Na hipótese, vê-se que o Juízo sentenciante, considerando favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o fato de o Paciente ser primário e a pequena quantidade de entorpecentes, fixou a pena-base no mínimo legal e aplicou a minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, a qual, como já explicitado, deve incidir no patamar máximo. Dessa forma, mostra-se socialmente recomendável a substituição de pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, sendo ilegal a negativa da substituição.

A propósito:

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1. NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO A TODOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO. CORRETA INCIDÊNCIA DA SÚMULA 182/STJ. 2. PEDIDO DE CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. INICIATIVA DO ÓRGÃO JULGADOR. 3. FIXAÇÃO DE REGIME FECHADO. INDEFERIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. FUNDAMENTOS GENÉRICOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. **A substituição da pena foi inviabilizada, de forma abstrata e vaga, em virtude do não preenchimento de requisitos subjetivos.** De igual forma, o regime fechado foi fixado com fundamento no § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei 11.464/2007, o qual foi declarado inconstitucional pelo STF, no julgamento do HC n. 111.840/ES, afastando-se, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, do CP. **Dessa forma, diante da manifesta ausência de fundamentação concreta, bem como em virtude de o agravante ser primário, com pena-base fixada no mínimo legal, tendo sido inclusive beneficiado com a causa de redução da pena, a configurar o tráfico privilegiado, tem-se a possibilidade de fixação do regime aberto e de substituição da pena privativa por restritivas de direitos.**

4. Agravo regimental a que se nega provimento. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais." (AgRg no AREsp 1.235.920/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2018, DJe 10/08/2018, sem grifos no original.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CONECTÁRIOS. REGIME E SUBSTITUIÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Conforme decidido pela Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, por ocasião do julgamento dos EREsp n. 1.431.091/SP (DJe 1º/2/2017), de relatoria do Ministro Felix Fischer, 'é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica à atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06'. Contudo, não basta a existência de uma condenação anterior ou de um processo em andamento para, por si só, autorizar a conclusão de que o acusado se dedica a atividades criminosas, notadamente quando o crime anterior em nada interferir na compreensão de que se trata de um pequeno traficante ou de um traficante ocasional. Precedentes.

2. À luz das peculiaridades do caso concreto, não há como concluir que a simples existência de um processo por lesão corporal e de outro por furto permita, isoladamente, a conclusão de que o paciente se dedica a atividades criminosas ou de que faça do tráfico de drogas o seu meio de vida.

3. Uma vez que, na data em que cometido o crime de tráfico de drogas em questão, os processos havidos em desfavor do acusado ainda não registravam a eventual existência de condenação transitada em julgado, não há, ao contrário do que afirmou a Corte de origem, como sopesá-los a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

título de maus antecedentes, em atenção ao enunciado na Súmula n. 444 desta Corte Superior de Justiça.

4. Afastado o único fundamento utilizado pela Corte estadual para justificar a não incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e dado que o próprio Juiz sentenciante (que teve contato com as provas dos autos de maneira mais direta) chegou, inclusive, a reconhecer a aplicação do benefício em favor do paciente, deve a ordem ser concedida nesse ponto, a fim de restabelecer a aplicação da causa especial de diminuição de pena, tal como efetivado em primeiro grau.

5. **Visto que a reprimenda ficou definitivamente estabelecida em patamar abaixo de 4 anos de reclusão, o paciente era tecnicamente primário ao tempo do delito e possuidor de bons antecedentes, teve a pena-base estabelecida no mínimo legal e foi agraciado com a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, mostra-se devida a fixação do regime inicial aberto, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal, com atenção também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. A favorabilidade de todas essas circunstâncias também evidencia que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos se mostra medida socialmente recomendável, nos termos do art. 44, III, do Código Penal.**

6. Ordem concedida a fim de: a) aplicar em 2/3 a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e, por conseguinte, reduzir a reprimenda do paciente para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 195 dias-multa; b) fixar o regime aberto de cumprimento de pena; c) determinar a substituição da reprimenda por duas restritivas de direitos, a serem escolhidas pelo Juízo das Execuções Criminais, à luz das peculiaridades do caso concreto." (HC 359.813/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 22/06/2018, sem grifos no original.)

Diante das conclusões acima, passo a redimensionar a dosimetria da pena:

Na primeira fase, inexistindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, mantenho a pena-base no mínimo legal, qual seja, 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Na segunda fase, ausentes agravantes ou atenuantes, mantenho a pena intermediária no mesmo patamar.

Na terceira fase, diminuo a pena em 2/3 (dois terços), pela incidência da maior fração prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, ficando a pena definitivamente estabelecida em **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão** e pagamento de **166 (cento e sessenta e seis) dias-multa**.

Fixo, no mais, **o regime inicial aberto**, conforme já ressaltado, pela inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e primariedade do Condenado, mediante condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Criminais.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, CONCEDO A ORDEM de *habeas corpus* a fim de reduzir as penas do Paciente para **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão** e pagamento de **166 (cento e sessenta e seis) dias-multa**, fixar o **regime aberto** como regime inicial para o cumprimento de pena e **conceder a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos**, que deverão ser escolhidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2018/0293848-8

HC 477.650 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00004079520168260567 20180000626631 20180000706757 30309502720138260602
4079520168260567 6252016

EM MESA

JULGADO: 11/12/2018

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	: PATRÍCIA MALITE IMPERATO - SP111063 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ELIAQUIM ALVES BATISTA (PRESO)
CORRÉU	: DIEGO LIMA

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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.