



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 237.702 - SP (2012/0064647-5)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : MARIANA SALOMÃO CARRARA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DENIS DE LIMA RODRIGUES

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O DO STF. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, NO PATAMAR DE METADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. POSSIBILIDADE, EM TESE. RESOLUÇÃO N.º 05/2012, DO SENADO FEDERAL. REGIME PRISIONAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI N.º 8.072/90 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CABÍVEL O REGIME INICIAL ABERTO. SÚMULA N.º 440/STJ. APELO EM LIBERDADE. PREJUDICIALIDADE. *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE PREJUDICADO E, NO MAIS, NÃO CONHECIDO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, adequando-se à nova orientação da primeira turma do Supremo Tribunal Federal, e em absoluta consonância com os princípios constitucionais – notadamente o do devido processo legal, da celeridade e economia processual e da razoável duração do processo –, reformulou a admissibilidade da impetração originária de *habeas corpus*, a fim de que não mais seja conhecido o *writ* substitutivo do recurso ordinário, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, nos feitos em andamento.

2. Paciente condenado às penas de 02 anos e 06 meses de reclusão e 250 dias-multa, como incurso no art. 33, §4.º, da Lei n.º 11.343/2006, porque, segundo a denúncia, encontrado com 96,5g de maconha acondicionados em 51 trouxinhas.

3. Não havendo ilegalidade patente no *quantum* de redução pela minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, é vedado, na estreita via do *habeas corpus*, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória.

4. 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.

5. O Paciente, réu primário, foi condenado a pena reclusiva inferior a 04 anos de reclusão, sendo-lhe favoráveis todas as circunstâncias judiciais. Portanto,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não é legítimo agravar o regime de cumprimento da pena, a teor do disposto no art. 33, § 2.º, alínea c, e § 3.º do Código Penal. Incidência da Súmula n.º 440/STJ.

6. O Plenário da Suprema Corte, nos autos do HC n.º 97.256/RS, julgou inconstitucional a vedação contida no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006. No caso, preenchidos os requisitos legais, o Paciente faz jus à substituição da reprimenda privativa de liberdade.

7. Ordem de *habeas corpus* parcialmente prejudicada e, no mais, não conhecida. Ordem parcialmente concedida *ex officio* para, mantida a condenação, fixar o regime prisional aberto e substituir a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, devendo as regras aplicáveis ao regime e as penas substitutivas serem fixadas pelo Juízo das Execuções Penais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, julgar parcialmente prejudicado o pedido e, no mais, não o conhecer e conceder parcialmente "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 19 de novembro de 2013 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 237.702 - SP (2012/0064647-5)

IMPETRANTE : MARIANA SALOMÃO CARRARA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DENIS DE LIMA RODRIGUES

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de DENIS DE LIMA RODRIGUES em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no writ n.º 0293731-86.2011.8.26.0000.

Busca a Impetrante, em suma, a **aplicação da minorante** prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06 no patamar máximo, com fixação do **regime prisional aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos**. Requer, ainda, em atenção ao princípio da eventualidade, a fixação do regime semi-aberto para o cumprimento da pena, conferindo-se ao Paciente o **direito de apelar em liberdade**.

Liminar indeferida à fl. 40.

Informações às fls. 49/172.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* (fls. 176/188).

Às fls. 192/207 a Impetrante atravessou petição informando que, em **julgamento da apelação interposta**, a Corte de origem reduziu a pena do Paciente para **02 anos e 06 meses de reclusão e 250 dias-multa**, mantendo o regime inicial fechado para início de cumprimento de pena e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 237.702 - SP (2012/0064647-5)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O DO STF. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, NO PATAMAR DE METADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. POSSIBILIDADE, EM TESE. RESOLUÇÃO N.º 05/2012, DO SENADO FEDERAL. REGIME PRISIONAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI N.º 8.072/90 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CABÍVEL O REGIME INICIAL ABERTO. SÚMULA N.º 440/STJ. APELO EM LIBERDADE. PREJUDICIALIDADE. *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE PREJUDICADO E, NO MAIS, NÃO CONHECIDO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, adequando-se à nova orientação da primeira turma do Supremo Tribunal Federal, e em absoluta consonância com os princípios constitucionais – notadamente o do devido processo legal, da celeridade e economia processual e da razoável duração do processo –, reformulou a admissibilidade da impetração originária de *habeas corpus*, a fim de que não mais seja conhecido o *writ* substitutivo do recurso ordinário, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, nos feitos em andamento.

2. Paciente condenado às penas de 02 anos e 06 meses de reclusão e 250 dias-multa, como incurso no art. 33, §4.º, da Lei n.º 11.343/2006, porque, segundo a denúncia, encontrado com 96,5g de maconha acondicionados em 51 trouxinhas.

3. Não havendo ilegalidade patente no *quantum* de redução pela minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, é vedado, na estreita via do *habeas corpus*, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória.

4. 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.

5. O Paciente, réu primário, foi condenado a pena reclusiva inferior a 04 anos de reclusão, sendo-lhe favoráveis todas as circunstâncias judiciais. Portanto, não é legítimo agravar o regime de cumprimento da pena, a teor do disposto no art. 33, § 2.º, alínea c, e § 3.º do Código Penal. Incidência da Súmula n.º 440/STJ.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Federal, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006. No caso, preenchidos os requisitos legais, o Paciente faz jus à substituição da reprimenda privativa de liberdade.

7. Ordem de *habeas corpus* parcialmente prejudicada e, no mais, não conhecida. Ordem parcialmente concedida *ex officio* para, mantida a condenação, fixar o regime prisional aberto e substituir a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, devendo as regras aplicáveis ao regime e as penas substitutivas serem fixadas pelo Juízo das Execuções Penais.

VOTO

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

O Superior Tribunal de Justiça, adequando-se à nova orientação da primeira turma do Supremo Tribunal Federal, e em absoluta consonância com os princípios constitucionais – notadamente o do devido processo legal, da celeridade e economia processual e da razoável duração do processo –, reformulou a admissibilidade da impetração originária de *habeas corpus*, a fim de que não mais seja conhecido o *writ* substitutivo do recurso ordinário, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, nos feitos em andamento. A propósito, os seguintes precedentes da Corte Suprema: STF, HC 109.956/PR, Primeira Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/08/2012, publicado no DJe em 11/09/2012; STF, HC 104.045/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 28/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012; STF HC 114.452-AgR/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 16/10/2012, publicado no DJe de 08/11/2012; HC 114.550/AC, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe de 27/08/2012; HC 114.924/RJ, Rel. Ministro Dias Toffoli, DJe de 27/08/2012; HC 116.385/PR, Rel. Ministra Rosa Weber, DJe de 01/03/2013; HC 116.379/MS, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe de 26/02/2013.

No caso, às fls. 192/207 a Impetrante esclareceu que o apelo defensivo restou parcialmente provido perante a Corte de origem, tendo sido confirmadas, não obstante, as mesmas ilegalidades contra as quais se insurge no *writ*. Cotejando o julgado mais recente com os pedidos deduzidos pela Defensoria Pública e com a sentença primeva, verifico que a única alteração realizada pela Corte *a quo* foi o reconhecimento da minorante ao patamar de 1/2 (metade), de modo que somente o pleito de apelo em liberdade deve ser reputado prejudicado por força do julgamento superveniente, permanecendo interesse no exame das demais teses.

Em suma, a Impetrante requer (i) a aplicação da minorante do art. 33, §4.º da Lei n.º 11.343/2006 em seu grau máximo; (ii) a fixação do regime aberto para início de cumprimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de pena; e (iii) a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Confira-se, para boa compreensão da controvérsia, as razões de decidir exaradas pela Corte de origem no julgamento da apelação criminal n.º 0003732-53.2011.8.26.0050:

"[...]

O de substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos porque, não obstante a edição da Resolução nº 5, de 15/02/2012, no caso concreto, a substituição não se mostra suficiente e eficaz para a repressão e a prevenção do crime de tráfico de drogas, devendo, por isso, prevalecer as sanções impostas, uma vez que a Carta Magna preconizou tratamento mais rigoroso aos crimes hediondos e a eles equiparados [...].

Relativamente à dosimetria das penas, a r. sentença monocrática há de sofrer reparos, já que a MMª Juíza de Primeiro Grau, em atendimento às circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal e ao disposto no artigo 42 da Lei n.º 11.343/2006, fixou as penas-base no mínimo legal, ou seja, 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa; na segunda fase, permaneceram inalteradas; na terceira fase, verifica-se que o apelante reúne os requisitos previstos no parágrafo 4.º do artigo 33, da Lei n.º 11.343/07 (primariedade, bons antecedentes, não se dedica a atividades criminosas e nem integra organização criminosa), para obter a redução das penas que, no caso, será pela 1/2 (metade), e não pela fração máxima, em virtude da quantidade de droga apreendida, o que demonstra que pretendia disseminar e propagar o consumo de substância entorpecente [...], tornadas definitivas as penas em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa [...].

O regime prisional fixado (inicial fechado), para o desconto da privativa de liberdade não há de ser alterado porque além de ter sido determinado de forma precisa e correta, nos termos do artigo 33, §3.º, do Código Penal, o delito pelo qual foi condenado o apelante – tráfico de drogas –, equiparado a hediondo, não se sujeita a regime mais brando [...], observado, ainda, o disposto no artigo 2º, §§1.º e 2.º, da Lei n.º 8.072/90, com a redação dada pela Lei n.º 11.464/07" (fl. 206)

Pois bem, o acórdão insurgido sustentou a aplicação da minorante prevista no art. 33, §4.º, da Lei n.º 11.343/2006 na metade (1/2) em razão da quantidade e da forma que estava acondicionada a droga apreendida – 96,5g de maconha em 51 trouxinhas –, o que constitui argumento idôneo para a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja, 2/3 (dois terços), observando-se a proporcionalidade necessária e suficiente para reprovação do crime.

Exemplificativamente:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. MINORANTE DO § 4.º DO ART. 33 DA LEI DE TÓXICOS APLICADA NO PATAMAR MÍNIMO DE 1/6. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS. DESPROPORCIONALIDADE. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. CABIMENTO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 59 E 33, § 2º, DO CÓDIGO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO PARA REDUZIR A SANÇÃO PENAL APLICADA.

1. Paciente condenada como incurso no art. 33, § 4.º, c.c. art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/06, à pena de 05 anos, 04 meses e 05 dias de reclusão, em regime inicial fechado, por tentar inserir em estabelecimento penal **um tijolo de maconha pesando 223 gramas**.

2. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Drogas.

3. Corretas as instâncias ordinárias ao considerar que a quantidade da substância entorpecente apreendida trouxe maior reprovabilidade à conduta da agente, a ponto de elevar a pena-base em seis meses.

Entretanto, em observância ao princípio da proporcionalidade e ao preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República não se justifica a aplicação do redutor em seu grau mínimo, qual seja: 1/6 (um sexto). **Como a quantidade não foi demasiada, entendendo como necessária e suficiente para reprovação do crime a redução da pena em (1/2) metade.**

4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Porém, consideradas desfavoráveis as circunstâncias judiciais do caso concreto, como no caso, cabível aplicar o regime prisional mais gravoso, atendendo ao disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

5. Não obstante o Plenário do Supremo Tribunal Federal ter declarado incidentalmente a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, constata-se que, no caso em apreço, a impossibilidade de adotar tal medida, uma vez que a Paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44, inciso III, do Código Penal.

6. Habeas corpus parcialmente concedido para, nos termos do voto, redimensionar a sanção penal da Paciente, que resta cominada em 03 anos, 02 meses e 15 dias de reclusão, a serem cumpridos em regime semiaberto, e 320 dias-multa". (HC 271.015/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 13/08/2013, DJe 23/08/2013 – grifei.)

Mutatis mutandis, vejam-se os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal:

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. APLICAÇÃO EM SEU GRAU MÁXIMO (2/3). INVIABILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. ORDEM DENEGADA.

I – As instâncias ordinárias não deixaram de justificar a aplicação da causa de diminuição em seu grau mínimo, pois se reconheceu que a quantidade de droga apreendida, bem como sua natureza, seriam



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentos hábeis a aplicar a redução em seu patamar mínimo, ou seja, em 1/6.

II - O juiz não está obrigado a aplicar o máximo da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas quando presentes os requisitos para a concessão desse benefício, tendo plena discricionariedade para fixar a redução no patamar que entenda necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, segundo as peculiaridades de cada caso concreto. Do contrário, seria inócua a previsão legal de um patamar mínimo e um máximo.

III - A pena imposta ao paciente pela prática do crime de tráfico não desbordou dos lindes da proporcionalidade e razoabilidade.

IV - Ordem denegada." (STF, HC 106.611/MG, 1.^a Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 03/03/2011.)

"PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. APLICAÇÃO EM SEU PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. A questão de direito versada nestes autos diz respeito à não-aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 em seu patamar máximo.

2. O fato de o paciente possuir bons antecedentes e boa conduta social, apesar de permitir a incidência da causa especial de diminuição de pena, não obriga sua aplicação em seu grau máximo, mormente quando, na espécie, o réu possui personalidade voltada ao mundo do crime.

3. Foi grande a quantidade de droga apreendida, o que reforça a impossibilidade de se reduzir a pena em 2/3 (dois terços).

4. Habeas corpus denegado." (STF, HC 100.755/AC, 2.^a Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe de 07/05/2010.)

Assim, não havendo ilegalidade patente no *quantum* de redução pela minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, é vedado, na estreita via do *habeas corpus*, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória.

Com a relação à substituição da pena privativa de liberdade, o Plenário da Suprema Corte, nos autos do HC n.º 97.256/RS, julgou inconstitucional a vedação contida no § 4º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006. Assim, afastado o óbice previsto na Lei de Drogas, deve ser analisado se o Paciente preenche ou não os requisitos para a obtenção da substituição da pena à luz do art. 44 do Código Penal.

A propósito, o seguinte precedente:

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DA CAUSA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO EM 1/3 (UM TERÇO). SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS.

1. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no art. 44 do mesmo diploma legal, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena, sendo possível a pena substitutiva aos traficantes de drogas, desde que preenchidos os pressupostos do art. 44 do Código Penal.

2. No caso concreto, mostra-se viável a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos aos agravados, condenados a pena definitiva inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, com circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal favoráveis e sendo pequena a quantidade de material tóxico apreendido - 20 (vinte) pedras de crack e 1 (uma) porção de Cannabis Sativa L.

3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 1330133/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2013, DJe 15/02/2013.)

No caso em exame, o Paciente faz jus à substituição da pena, tendo em vista que é primário, a sua pena-base foi fixada no mínimo legal, não há qualquer circunstância judicial desfavorável e a quantidade da pena aplicada é inferior a 04 (quatro) anos.

Por fim, no tocante ao regime inicial 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.

Diante das já ressaltadas peculiaridades do caso, não é legítimo agravar o regime de cumprimento da pena, a teor do disposto no art. 33, § 2.º, alínea b, e § 3.º do Código Penal, o qual dispõe que "o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto".

A propósito, confira-se o disposto no enunciado n.º 440 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, *litteris*:

"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."

No mesmo sentido tem sido os reiterados julgados do Supremo Tribunal Federal, cuja jurisprudência está espelhada nos verbetes sumulares n.ºs 718 e 719, respectivamente, in



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

verbis:

"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."

Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PREJUDICADO e, no mais, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus*. CONCEDO PARCIALMENTE A ORDEM *EX OFFICIO* para, mantida a condenação, fixar o regime prisional aberto e substituir a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, devendo as regras aplicáveis ao regime e as penas substitutivas serem fixadas pelo Juízo das Execuções Penais.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0064647-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 237.702 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1202011 2937318620118260000 50110037324

EM MESA

JULGADO: 19/11/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **GUILHERME HENRIQUE MAGALDI NETO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : **MARIANA SALOMÃO CARRARA - DEFENSORA PÚBLICA**

IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

PACIENTE : **DENIS DE LIMA RODRIGUES**

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

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, julgou parcialmente prejudicado o pedido e, no mais, não o conheceu e concedeu parcialmente "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.