



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 150.652 - MG (2009/0201943-6)

RELATOR : **MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : ALENIZE CORREIA SILVA LOPES - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : JEAN ROBERTO FÉLIX DA CONCEIÇÃO (PRESO)
PACIENTE : VALDINEI WAGNER LOPES DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A jurisprudência firmou o entendimento de que, como o legislador não estabeleceu especificamente os parâmetros para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, devem ser consideradas, para orientar o cálculo da minorante, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e, especialmente, o disposto no art. 42 da Lei de Drogas.

2. Não há ilegalidade a ser sanada no ponto em que foi aplicada a diminuição da pena em 1/2, na terceira etapa da dosimetria, pois a instância ordinária destacou, para tanto, a variedade e a natureza da droga apreendida (crack e maconha) – elemento que não foi valorado na primeira fase.

3. Reconhecida a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, tem-se que a invocação desse dispositivo não serve para justificar a fixação do regime mais gravoso, haja vista que, para estabelecer o regime inicial de cumprimento de pena, deve o magistrado avaliar o caso concreto, de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo art. 33 e parágrafos do Código Penal, o que não ocorreu na hipótese, devendo, no ponto, ser reconhecido o constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima o paciente.

4. É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

restritiva de direitos, pois a natureza da droga apreendida, já destacada na motivação global do acórdão, evidencia que a substituição da sanção reclusiva por restritiva de direitos não se mostrará suficiente para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 44, III, do Código Penal. Ademais, a pena total foi superior a 4 anos de reclusão, o que afasta o preenchimento do critério objetivo.

5. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, apenas para que o Juiz das execuções verifique, mediante concreta motivação, a possibilidade de fixar ao paciente regime inicial mais brando de cumprimento de pena, à luz do art. 33 do Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de agosto de 2015

Ministro Rogerio Schietti Cruz



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 150.652 - MG (2009/0201943-6)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ADVOGADO : ALENIZE CORREIA SILVA LOPES - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PACIENTE : JEAN ROBERTO FÉLIX DA CONCEIÇÃO (PRESO)

PACIENTE : VALDINEI WAGNER LOPES DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

JEAN ROBERTO FÉLIX DA CONCEIÇÃO e VALDINEI WAGNER LOPES DOS SANTOS, pacientes neste habeas corpus substitutivo de recurso especial, estariam sofrendo coação ilegal em seu direito de locomoção, em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**, na Apelação Criminal n. 1.0024.07.804721-4/001(1).

Depreende-se dos autos que os pacientes foram condenados, cada um, à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, mais multa, como incursos no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, III, ambos da Lei n. 11.343/2006, além de 3 anos e 6 meses de reclusão, também em regime inicialmente fechado, mais multa, pela prática do delito descrito no art. 35 da Lei de Drogas, por transportarem, para fins de tráfico, 33,55g de substância entorpecente, sendo 8,50g de crack e 25,05g de maconha. Foram, ainda, condenados à pena de 2 anos de reclusão, em regime fechado, pela prática do crime previsto no art. 14 da Lei n. 10.826/2003, pois também foram surpreendidos na posse de um revólver calibre 38 mais 4 cartuchos intactos.

No julgamento da apelação interposta pela defesa, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso, para absolver os réus da prática do crime do art. 35 da Lei n. 11.343/2006, decotar a majorante do art. 40, III, da mesma lei e reconhecer a causa de diminuição da pena, prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, ficando a pena estabelecida em 4 anos e 6 meses de reclusão, mantido o regime fechado.

Nesta Corte, a Defensoria Pública asseve não estarem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentadas: a) a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no percentual de 1/2; b) a fixação do regime inicial fechado e c) a negativa da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Requer o redimensionamento da pena, a fixação do regime inicial aberto e a aplicação do art. 44 do CP.

O Ministério Público Federal opinou pelo indeferimento do *writ* (fls. 98-116).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 150.652 - MG (2009/0201943-6) EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A jurisprudência firmou o entendimento de que, como o legislador não estabeleceu especificamente os parâmetros para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, devem ser consideradas, para orientar o cálculo da minorante, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e, especialmente, o disposto no art. 42 da Lei de Drogas.

2. Não há ilegalidade a ser sanada no ponto em que foi aplicada a diminuição da pena em 1/2, na terceira etapa da dosimetria, pois a instância ordinária destacou, para tanto, a variedade e a natureza da droga apreendida (crack e maconha) – elemento que não foi valorado na primeira fase.

3. Reconhecida a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, tem-se que a invocação desse dispositivo não serve para justificar a fixação do regime mais gravoso, haja vista que, para estabelecer o regime inicial de cumprimento de pena, deve o magistrado avaliar o caso concreto, de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo art. 33 e parágrafos do Código Penal, o que não ocorreu na hipótese, devendo, no ponto, ser reconhecido o constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima o paciente.

4. É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois a natureza da droga apreendida, já destacada na motivação global do acórdão, evidencia que a substituição da sanção reclusiva por restritiva de direitos não se mostrará suficiente para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 44, III, do Código Penal. Ademais, a pena total foi superior a 4 anos de reclusão, o que afasta o preenchimento do critério objetivo.

5. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, apenas para que o Juiz das execuções verifique, mediante concreta motivação, a possibilidade de fixar ao paciente regime inicial mais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

brando de cumprimento de pena, à luz do art. 33 do Código Penal.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

Preliminarmente, releva salientar que o Superior Tribunal de Justiça, na esteira do que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, não admite que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão criminal, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do(a) paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus.

Sob tais premissas, **constato**, na espécie em exame, **a ocorrência de manifesto constrangimento ilegal** passível de engendrar a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus.

I. Contextualização

Os paciente foram condenados, cada um, à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, mais multa, como incursos no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, III, ambos da Lei n. 11.343/2006, além de 3 anos e 6 meses de reclusão, também em regime inicialmente fechado, mais multa, pela prática do delito descrito no art. 35 da Lei de Drogas, por transportarem, para fins de tráfico, 33,55g de substância entorpecente, sendo 8,50g de crack e 25,05g de maconha. Foram, ainda, condenados à pena de 2 anos de reclusão, em regime fechado, pela prática do crime previsto no art. 14 da Lei n. 10.826/2003, pois também foram surpreendidos na posse de um revólver calibre 38 mais 4 cartuchos intactos.

II. Fração do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 – motivação suficiente

Por ocasião do julgamento do recurso de apelação, a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas foi aplicada no percentual de 1/2, pelos seguintes fundamentos:

[...]

Quanto ao reconhecimento da causa de diminuição de pena contida no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

§ 4.º, art. 33 da Lei 11.343/06, razão em parte assiste a defesa, já que o douto Juiz sentenciante reconheceu a primariedade dos apelantes e fixou as penas-base no mínimo legal, contudo, vedou a aplicação da causa de diminuição "eis que o acusado estava associado, e, portanto, compunha uma organização criminosa" (f. 278).

Ocorre que, tendo sido os réus absolvidos do delito de associação ao tráfico, fazem jus ao benefício previsto no referido art. 33, § 4.º, pois além de serem primários e sem antecedentes, não há provas de que se dediquem a atividades criminosas, nem que integrem organização criminosa.

Ressalte-se, por oportuno, que o art. 42, da Lei 11.343/2006, determina que na fixação da reprimenda, além das circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal, devem ser consideradas, com preponderância a natureza e a quantidade da droga apreendida, razão porque, levando em conta que a quantidade de droga apreendida. In casu, segundo o laudo definitivo de f. 119, foram apreendidas 33,55g (trinta e três gramas e cinquenta e cinco centigramas) de substância entorpecente, sendo 8,50g (oito gramas e cinquenta centigramas) de crack, subproduto de cocaína, e 25,05g (vinte e cinco gramas e cinco centigramas) de cannabis sativa L, vulgarmente conhecida como "maconha", a meu ver, fazem jus à redução das penas pela 1/2 (metade) pois a droga apreendida não pode ser tida de grande monta.

Logo, atento às diretrizes dos arts. 59 e 68 do Código Penal, passo a reestruturar as penas dos apelantes em relação ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, mostrando-se, para tanto, desnecessário uma nova análise de suas circunstâncias judiciais, pois estas foram bem sopesadas pelo douto sentenciante, que fixou a pena-base no mínimo legal, mas, tão somente, na terceira fase da dosimetria da pena do apelante Jean Roberto Félix da Conceição, reconhecer a causa de diminuição de pena descrita no § 4º do art. 33, da Lei 11.343/2006, reduzindo a reprimenda fixada em 05 (cinco) anos e 500 (quinhentos) dias-multa, pela 1/2 (metade), concretizando-a em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa no patamar unitário mínimo legal (fl. 133, destaquei).

Segundo o disposto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, "Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O dispositivo legal estabelece apenas os requisitos necessários para a aplicação da minorante prevista da referida lei, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a fixação do *quantum* de diminuição de pena.

Assim, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento de que, como o legislador não estabeleceu especificamente os parâmetros para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, devem ser consideradas, para orientar o cálculo da minorante, as **circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal** e, especialmente, **o disposto no art. 42 da Lei de Drogas**.

Esse também é o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual, "Fixada a pena-base no mínimo legal, não há óbice a que a quantidade e natureza da droga sejam valoradas, negativamente, na terceira fase da dosimetria da pena" (**HC n. 122.151/SP**, Relator Ministro **Dias Toffoli**, DJe 7/10/2014).

Aliás, registro que a razão de ser da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 é justamente **punir com menor rigor o pequeno traficante**, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, cometendo um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal.

A propósito, confira-se o seguinte trecho de voto deste Superior Tribunal: "A *mens legis* da causa de diminuição de pena seria alcançar os condenados neófitos na infausta prática delituosa, configurada pela pequena quantidade de droga apreendida, e serem eles possuidores dos requisitos necessários estabelecidos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06" (**AgRg no REsp n. 1.389.632/RS**, Rel. Ministro **Moura Ribeiro**, 5ª T., DJe 14/4/2014).

E o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual é possível "Considerar-se a natureza e a quantidade da droga apreendida como **elemento indicativo do grau de envolvimento do agente com a vida criminosa**, a autorizar maior ou menor redução da pena pelo art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06" (**RHC n. 116.036/MG**, Rel. Ministro **Luiz Fux**, DJe 14/8/2013, destaquei).

Por essas razões, não verifico nenhum constrangimento ilegal a ser sanado no ponto em que foi aplicada a diminuição da pena no percentual de 1/2, na terceira etapa da dosimetria, pois a instância ordinária **fundamentou concretamente** a aplicação da minorante nesse patamar, salientando, para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tanto, a **natureza e a variedade da droga apreendida (8,50g de crack e 25,05g maconha)**, cuja quantidade, inclusive, não foi considerada de grande monta.

Segundo Informação Pericial n. 710/2009 do Instituto de Criminalística – Seção de Perícias e Análises Laboratoriais – da Polícia Civil do Distrito Federal, **uma dose típica de cocaína ou crack é de 100 a 200 miligramas**, considerando a pureza da "cocaína de rua". A dose letal mínima é de 1,2 gramas; contudo, indivíduos suscetíveis morreram após a aplicação de apenas 30 miligramas de cocaína nas membranas mucosas. Ademais, ainda segundo a referida informação pericial, viciados toleram até no máximo 5 gramas de cocaína por dia (Consta dessa informação pericial que as informações sobre dosagem foram obtidas no sítio eletrônico do *European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction*).

Ressalto, por fim, que o juiz não é obrigado a aplicar a minorante no percentual máximo quando presentes os requisitos para a concessão do benefício, possuindo plena discricionariedade para eleger patamar diverso de redução de pena, de forma devidamente fundamentada, desde que necessário e suficiente para a prevenção e a repressão do delito, **como na hipótese**.

III. Regime inicial de cumprimento de pena – motivação inidônea

O Juiz sentenciante entendeu devida a imposição do modo inicialmente mais gravoso, aos dois pacientes, nos seguintes termos:

Por tal, fixo ao réu a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias/multa. Diante da causa de aumento da pena prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/06, aumento a pena corporal em 10 meses e a pecuniária em 83 dias, concretizando-a em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias/multa, em face da inexistência de circunstâncias atenuantes ou outras agravantes, bem como de causas de diminuição e outras de aumento da pena, **devendo esta ser cumprida em regime inicialmente FECHADO, na esteira do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, com redação dada pela novel Lei 11.464/07, que dispõe que: "A pena por crime previsto neste artigo (dentre eles o tráfico de entorpecentes), será cumprida inicialmente em regime fechado"** (fls. 39 e 41, destaquei).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Tribunal de origem, a seu turno, ao julgar os embargos de declaração, consignou:

[...]

De outra parte, razão assiste a defesa, pois realmente o v. acórdão não se pronunciou quanto ao abrandamento do regime de cumprimento de pena para o aberto.

Contudo, não há como acolher o pleito da defesa, pois a Lei n.º 11.464/2007 em seu § 1º art. 2º, é clara ao dispor que os crimes hediondos a pena será cumprida em regime inicialmente fechado.

Sendo assim, há de ser mantido o regime fixado na r. sentença - inicialmente fechado - por expressa vedação legal (fl. 91).

No julgamento do HC n. 111.840/ES, realizado em sessão extraordinária do dia 27/6/2012, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e outros a eles equiparados.

Dessa forma, reconhecida a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da pena imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto (como a natureza e a quantidade de drogas apreendidas, por exemplo), para que, então, seja fixado o regime carcerário que, à luz do disposto no art. 33 e parágrafos do Código Penal, se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, **o que não ocorreu no caso concreto.**

Com efeito, as instâncias antecedentes fixaram o regime inicial fechado com base na fundamentação meramente *ope legis*, ora afastada.

Assim, como a condenação dos pacientes **não transitou em julgado** (conforme consulta processual realizada na página eletrônica do TJMG), cabe ao Juízo das execuções avaliar o caso em exame, aferindo a **eventual** possibilidade de, **com base nas particularidades do caso concreto**, fixar aos acusados regime inicial mais brando de cumprimento de pena.

IV. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos foi indeferida pelo Juiz sentenciante, nos seguintes termos:

[...]

Deixo de substituir a pena corporal por restritivas de direitos, na forma preceituada pelo art. 44 do CP, seja por sua insuficiência à reprovação e prevenção do crime ou pelo *quantum* da pena aplicada (superior a quatro anos). Ademais, o art. 44 da novel Lei 11.343/06 veda expressamente a conversão das penas privativas de liberdade por restritivas de direito, nos casos de tráfico de entorpecentes (fl. 43).

O Tribunal de Justiça, por sua vez, assim decidiu:

[...]

Incabível na espécie a substituição da pena corporal por restritivas de direitos (art. 44), bem como a suspensão da execução da pena (art. 77), **em face da expressa vedação legal** e por entender que não seria o suficiente para a reprovação e prevenção de crimes desta espécie. (fl. 134)

Em 1º/9/2010, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 97.256/RS, de relatoria do Ministro Ayres Britto, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do artigo 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 normativo, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena.

Diante da declaração de inconstitucionalidade das mencionadas expressões pela Suprema Corte, mostra-se possível, **em princípio**, proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, mesmo que perpetrado já na vigência da Lei n. 11.343/2006.

Vale mencionar, ainda, que o Senado Federal promulgou a Resolução n. 5 (15/2/2012), determinando a suspensão da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Entretanto, para a substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos, é necessário que estejam preenchidos,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cumulativamente, os **requisitos objetivos e subjetivos** exigidos para a concessão dessa benesse, os quais se encontram **previstos no art. 44 do Código Penal**, *in verbis*:

As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Isso porque a aplicação da pena no caso concreto repercute na utilidade social que desempenha o Direito Penal e na sua justificação política, de modo que, **"ao se individualizar a pena, age-se não só em função do necessário para o réu mas para com o necessário à sociedade"** (REALE JUNIOR, Miguel. *Penas e Medidas de Segurança no Novo Código*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 164).

No caso sob exame, não obstante o Tribunal de origem tenha feito expressa menção à vedação legal, o Juiz sentenciante deixou claro que não aplicou o benefício, dada a "insuficiência à reprovação e prevenção do crime ou pelo *quantum* da pena aplicada (superior a quatro anos)".

Nos termos da jurisprudência desta Corte "A natureza, variedade e quantidade de entorpecentes apreendidos constituem fundamentos aptos a inviabilizar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, inciso III, do Código Penal, ainda que preenchido o requisito objetivo do inciso I do referido dispositivo" (**AgRg no REsp n. 1.432.109/GO**, Rel. Ministro **Marco Aurélio Bellizze**, 5ª T., DJe 1º/8/2014).

Mutatis mutandis:

[...]

3. A gravidade da conduta delituosa perpetrada, dada a quantidade das substâncias tóxicas apreendidas, **bem como a natureza mais perniciosa da cocaína**, aliadas às circunstâncias em que ocorreu a prisão do condenado, envolvendo outros dois corréus e três adolescentes, evidenciam que, na espécie, a não conversão da sanção



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusiva se encontra justificada, pois não se mostraria suficiente para a prevenção e repressão do delito denunciado, nem seria socialmente recomendável.

[...]

(HC n. 246.796/RJ, Rel. Ministro **Jorge Mussi**, 5ª T., DJe 27/11/2012)

Em minha concepção, **o tráfico de crack denota maior reprovabilidade e maior potencialidade lesiva à saúde pública do que o tráfico de outra substância menos nociva, como a maconha.**

Ademais, a pena total foi superior a 4 anos, o que afasta o preenchimento do requisito objetivo, como bem salientado pelo Magistrado de primeiro grau. Assim, as peculiaridades do caso concreto evidenciam que a substituição da sanção reclusiva por restritiva de direitos não se mostrará suficiente para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 44, III, do Código Penal.

V. Dispositivo

À vista do exposto, não conheço do habeas corpus mas, ao examinar seu conteúdo, identifico constrangimento ilegal que me leva a conceder a ordem postulada, *ex officio*, somente para que o Juiz das execuções verifique, mediante concreta motivação, a eventual possibilidade de fixar o regime inicial mais brando de cumprimento de pena, à luz do art. 33 do CP.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0201943-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 150.652 / MG

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10024078047214 24078047214

EM MESA

JULGADO: 18/08/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO FERREIRA LEITE**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO	: ALENIZE CORREIA SILVA LOPES - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE	: JEAN ROBERTO FÉLIX DA CONCEIÇÃO (PRESO)
PACIENTE	: VALDINEI WAGNER LOPES DOS SANTOS (PRESO)
CORRÉU	: THIAGO HENRIQUE DE SOUZA

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, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.