



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 293.013 - SP (2014/0090430-2)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DENIS VIEIRA LUPPI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DENIS VIEIRA LUPPI (PRESO)
ADVOGADO : RAFAEL RAMIA MUNERATTI - DEFENSOR PÚBLICO

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO ART. 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/06. PECULIARIDADES DO CASO. PRIMARIEDADE. REDUÇÃO AO PATAMAR MÁXIMO LEGAL. REGIME ABERTO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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 n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Ministra **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 n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

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

III - A expressiva quantidade de droga apreendida, **aliada a outras circunstâncias próprias do caso concreto**, ora pode impedir a incidência da referida minorante - caso em que estará evidenciada a dedicação à atividade criminosa (**precedentes**), ora como fator que, embora não impeça a aplicação da causa de diminuição, será tomada como parâmetro para definir o **quantum** da redução da pena.

IV - **In casu**, a quantidade de droga apreendida, **por si só**, não se revela expressiva a ponto de impedir a incidência da minorante, ainda mais diante da inexistência de outras circunstâncias do caso concreto que autorizariam a conclusão de que o paciente dedica-se à atividade do tráfico.

V - Assim, tendo em vista que o paciente é primário, não registra maus



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

anteriores e a quantidade de droga apreendida não evidencia, por si só, sua dedicação à atividade criminosa, nem que integra organização criminosa, é de rigor a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, no percentual de 2/3 (dois terços), diante das circunstâncias do caso (dentre elas, a quantidade e natureza de droga apreendida: **16 invólucros de maconha**), haja vista que, no tráfico de entorpecentes, tal fator é relevante para a fixação da reprimenda, **ex vi** do art. 42 da Lei 11.343/06.

VI - O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 - com redação dada pela Lei nº 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.

VII - **In casu**, o paciente é primário, teve valoradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais - tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal -, e foi condenado pela prática de crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa (tráfico) à pena de **5 (cinco) anos e 10 (dez) meses** de reclusão, e, com a redução de 2/3 (dois terços) em razão da incidência do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, faz jus ao regime **aberto** de cumprimento de pena, **ex vi** do art. 33, §2º, alínea "c" e §3º, do Código Penal.

VIII - Revela-se adequado na hipótese, consoante o disposto no art. 33, §§2º e 3º, do Código Penal, a imposição do regime inicial aberto ao paciente, condenado a pena inferior a 4 (quatro) anos, primário, ostentando condições judiciais favoráveis.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para aplicar a causa de diminuição da pena do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06 no percentual de 2/3 (dois terços), fixando a pena em **3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão**, no regime **aberto** para início do cumprimento da pena, competindo ao d. juízo **a quo** examinar a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal.

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 Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) e Walter de Almeida Guilherme (Desembargador



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de novembro de 2014 (Data do Julgamento)

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 293.013 - SP (2014/0090430-2)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado por DENIS VIEIRA LUPPI, em benefício próprio, contra v. acórdão do eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Depreende-se dos autos que o paciente foi, em 1º grau, **absolvido** da imputação que lhe fora feita, como incurso nas sanções dos arts. 33, **caput**, c/c art. 40, inciso VI, da Lei nº 11.343/06, com amparo no que dispõe o art. 386, inciso VII, do CPP (sentença de fls. 10-14).

Por outro lado, o eg. Tribunal **a quo**, por maioria, deu provimento à apelação interposta pela Justiça Pública para condená-lo à pena de **5 (cinco) anos e 10 (dez) meses** de reclusão, em regime inicial **fechado**, dando-o como incurso no art. 33, **caput**, c/c art. 40, inciso VI, da Lei nº 11.343/06 (fls. 20-26).

Irresignada, a defesa ajuizou ação revisional, que foi indeferida, conforme ementa que ora transcrevo, **verbis**:

*"Revisão criminal - Reexame de provas - Falta de interesse de agir - Pleito que não se enquadra nas hipóteses do art. 621 do Código de Processo Penal.
Indeferimento" (fl. 16).*

Daí o presente **writ**, no qual postula o impetrante a modificação do regime inicial de cumprimento da pena, bem como a aplicação da minorante do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06.

A liminar foi indeferida (fls. 34-35).

Informações prestadas às fls. 42-43.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 62-63, requereu a intimação da Defensoria Pública, para atuar na defesa do paciente, o que foi deferido à fl. 65.

Às fls. 70-71, a Defensoria Pública pleiteou, em síntese, *"a concessão da ordem de ofício conforme requerida na inicial, caso assim entenda V. Exa ou,*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

subsidiariamente, que a presente petição seja encaminhada ao E. TJ/SP para, se possível, nova análise de eventual revisão criminal em favor do paciente" (fl. 71).

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 78-88, manifestou-se pela **concessão** da ordem, conforme ementa, **verbis**:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. REVISÃO CRIMINAL INDEFERIDA. REGIME INICIAL E MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. QUESTÕES NÃO SUSCITADAS PERANTE O TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA SUPERADA ANTE A MANIFESTA TERATOLOGIA DO ACÓRDÃO. ART. 654, § 2º, DO CPP. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO EXCLUSIVA NA HEDIONDEZ DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90 PELO STF. CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º DA LEI 11.343/2006. RÉU PRIMÁRIO E COM BONS ANTECEDENTES. BENESSE AFASTADA SEM INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS A EVIDENCIAR A DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. PARECER PELA CONCESSÃO DA ORDEM."

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 293.013 - SP (2014/0090430-2)

EMENTA

PENAL. HABEAS CORPUS
SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO
CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO
JURISPRUDENCIAL. TRÁFICO DE
ENTORPECENTES. INCIDÊNCIA DA
MINORANTE DO ART. 33, §4º, DA LEI Nº
11.343/06. PECULIARIDADES DO CASO.
PRIMARIEDADE. REDUÇÃO AO PATAMAR
MÁXIMO LEGAL. REGIME ABERTO. PEQUENA
QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA.
**HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM
CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

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 n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Ministra **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 n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

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

III - A expressiva quantidade de droga



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apreendida, **aliada a outras circunstâncias próprias do caso concreto**, ora pode impedir a incidência da referida minorante - caso em que estará evidenciada a dedicação à atividade criminosa (**precedentes**), ora como fator que, embora não impeça a aplicação da causa de diminuição, será tomada como parâmetro para definir o **quantum** da redução da pena.

IV - **In casu**, a quantidade de droga apreendida, **por si só**, não se revela expressiva a ponto de impedir a incidência da minorante, ainda mais diante da inexistência de outras circunstâncias do caso concreto que autorizariam a conclusão de que o paciente dedica-se à atividade do tráfico.

V - Assim, tendo em vista que o paciente é primário, não registra maus antecedentes e a quantidade de droga apreendida não evidencia, por si só, sua dedicação à atividade criminosa, nem que integra organização criminosa, é de rigor a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, no percentual de 2/3 (dois terços), diante das circunstâncias do caso (dentre elas, a quantidade e natureza de droga apreendida: **16 invólucros de maconha**), haja vista que, no tráfico de entorpecentes, tal fator é relevante para a fixação da reprimenda, **ex vi** do art. 42 da Lei 11.343/06.

VI - O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 - com redação dada pela Lei nº 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.

VII - **In casu**, o paciente é primário, teve valoradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais - tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal -, e foi condenado pela prática de crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa (tráfico) à pena de **5 (cinco) anos e 10 (dez) meses** de reclusão, e, com a redução de 2/3 (dois terços) em razão da incidência do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, faz jus ao regime **aberto** de cumprimento de pena, **ex vi** do art. 33, §2º, alínea "c" e §3º, do Código Penal.

VIII - Revela-se adequado na hipótese, consoante o disposto no art. 33, §§2º e 3º, do Código Penal, a imposição do regime inicial aberto ao paciente,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenado a pena inferior a 4 (quatro) anos, primário, ostentando condições judiciais favoráveis.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para aplicar a causa de diminuição da pena do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06 no percentual de 2/3 (dois terços), fixando a pena em **3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão**, no regime **aberto** para início do cumprimento da pena, competindo ao d. juízo **a quo** examinar a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: 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 n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Ministra **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 n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Nas razões do presente **writ** busca o impetrante o reconhecimento e a aplicação do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, com a consequente alteração do regime inicial para cumprimento de pena.

Quanto ao reconhecimento da incidência do redutor inserto no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, a súplica comporta acolhida. Para o deslinde da controvérsia é importante verificar o que consignou o v. acórdão reprochado para afastar a aplicação da minorante, **verbis**:

"Isto posto, passa-se ao cálculo do sancionamento.

Em observância ao artigo 42 da Lei nº 11.343/06, fixam-se as basais no mínimo: 05 (cinco) anos de reclusão e pecuniária de 500 (quinhentos) dias-multa. Inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes. Outrossim, tendo em vista o comprovado envolvimento de um adolescente na infração, exaspera-se a admoestação em 1/6, vindo a repousar definitivamente em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e monetária de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, dosada no piso a unidade de cálculo.

Outrossim, a diminuição hoje admitida pelo artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, não se mostrava viável na medida em que se cuide de infração indicativa de alta periculosidade dos agentes. O propósito do legislador, certamente, não foi favorecer os traficantes de alto coturno. A mens legis da Lei nº 11.343/06 há de ter tido em vista, primordialmente, fornecedores ocasionais, que não denotam perseverança criminosa, hábito delinquencial ou gravíssimo comprometimento para a ordem social, a paz coletiva e a saúde da população em geral, virtudes certamente irreconhecíveis no imperdoável traficante de drogas que persevera nessa senda. Tanto, aliás, que o citado art. 33, § 4º, contém expressa referência, para fins de merecimento da redução condescendente, à exigência de que o agente 'não se dedique às atividades criminosas'. [...]

No caso concreto apurou-se que Denis estava desempregado (fls. 22) e detinha, juntamente com o menor Jhonata, dezesseis invólucros de maconha para expor à venda em local conhecido como polo de traficância, sendo lícito inferir, do entrelaçamento desses dados, que o réu exercia a vil mercancia como meio de vida - o que desautoriza, sem dúvida, a causa de diminuição colimada.

Por derradeiro, em virtude de expressa determinação legal (artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90), impõe-se o regime prisional fechado" (fls. 48-51).

Esta eg. Corte vem decidindo que a expressiva quantidade de droga apreendida, **aliada a outras circunstâncias próprias do caso concreto**, ora pode impedir a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incidência do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, - caso em que estará evidenciada a dedicação à atividade criminosa -, ora como fator que, embora não impeça a aplicação da causa de diminuição, será tomada como parâmetro para definir o **quantum** da redução da pena.

Com efeito, o art. 42, da Lei 11.343/2006, determina que, na fixação da reprimenda, além das circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal, sejam também consideradas, com preponderância, a **natureza e a quantidade da substância** ou do produto, haja vista que, no tráfico de entorpecentes, tais fatores são relevantes, tendo a finalidade de conferir isonomia aos infratores, dando tratamentos desiguais para os que são diferentes.

Na espécie, contudo, tenho que o tipo e a quantidade de droga apreendida com o paciente (**16 invólucros de maconha**), **por si só**, não se revelam aptos a evidenciar que ele se dedica à atividade criminosa ou integra organização criminosa. Ademais, não foram declinadas as circunstâncias **do caso concreto** que corroborariam tal conclusão.

Assim, tendo em vista que o paciente é primário, não registra maus antecedentes e a quantidade de droga apreendida não evidencia, por si só, sua dedicação à atividade criminosa, nem que integra organização criminosa, é de rigor a aplicação do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006. Entretanto, em consonância com o art. 42 da nova Lei de Tóxicos, utilizo a **quantidade** de droga apreendida (**16 invólucros de maconha**) como parâmetro, diminuindo a pena aplicada em 2/3 (dois terços).

Veja-se os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO. [...]

TRÁFICO. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. CIRCUNSTÂNCIAS, NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. MITIGAÇÃO NO MÍNIMO LEGAL NÃO MOTIVADA E DESPROPORCIONAL. PEQUENA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO.

1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

2. Juízo de proporcionalidade que admite a aplicação do redutor no patamar máximo, de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dadas as particularidades do caso concreto - apreensão de 27,98 gramas de maconha - e a favorabilidade de todas as circunstâncias judiciais, especialmente em se considerando a ausência de justificação para a escolha da fração mínima eleita pela Corte impetrada.

NARCOTRÁFICO PRIVILEGIADO. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 44 DA LEI 11.343/06 PELO STF. SUSPENSÃO DA NORMA PELO SENADO. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. REQUISITOS LEGAIS. PREENCHIMENTO. COAÇÃO ILEGAL EVIDENCIADA.

1. Considerando-se a declaração de inconstitucionalidade incidental, pelo STF, dos arts. 33, § 4º, e 44 da Lei 11.343/2006, na parte em que vedavam a substituição da pena reclusiva por medidas alternativas, e a suspensão da sua execução, pelo Senado Federal, não mais subsiste o fundamento para impedir a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

2. A pequena quantidade de entorpecente capturado e o fato de o paciente ser primário e sem antecedentes criminais são de molde a justificar a substituição da reclusiva por duas penas alternativas, por ser socialmente recomendável, diante da suficiência da medida e das especificidades do caso concreto. Exegese do art. 44 do CP.

TRÁFICO. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. FIXAÇÃO DE MODO DE EXECUÇÃO DIVERSO DO INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E DESTE STJ. PACIENTE PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. FIXAÇÃO DO MODO ABERTO QUE SE MOSTRA DEVIDA. ILEGALIDADE PATENTEADA.

1. Diante da declaração de inconstitucionalidade, pelo Plenário do STF, do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, com a redação que lhe foi conferida pela Lei 11.464/07, que estabelecia o modo inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos delitos hediondos, cometidos após a sua entrada em vigor, o regime prisional para esses tipos de crimes deve agora ser fixado de acordo com o previsto no art. 33, e seus parágrafos, do Código Penal.

2. Reduzida a pena definitivamente para 1 (um) ano e 8



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(oito) meses de reclusão e verificando-se que o paciente é primário e de bons antecedentes, mostra-se devida a imposição da forma aberta para o início da execução da pena reclusiva, de acordo com o art. 33, § 2º, c, e § 3º, do CP.

3. **Writ** não conhecido, concedendo-se, contudo, **habeas corpus** de ofício para: a) aplicar a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 no patamar de 2/3 (dois terços), tornando a reprimenda do paciente definitiva em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa;

b) substituir a pena reclusiva por duas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo da Execução; e c) fixar o regime inicial aberto" (HC n. 240.986/MA, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 1º/2/2013).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. PENA-BASE. PRETENDIDA REDUÇÃO. MATÉRIA SUPERADA. MINORANTE. REQUISITOS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. REGIME. VEDAÇÃO LEGAL. AFASTAMENTO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PRISÃO-PENA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Uma vez que a Corte estadual, quando do julgamento da apelação, reduziu a pena-base do paciente para o mínimo legal, fica superada a alegação de que a reprimenda deveria ser diminuída na primeira fase da dosimetria, pelo afastamento dos maus antecedentes.

2. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do(a) acusado(a), que este(a) não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.

3. No caso, embora a Corte estadual tenha entendido inviável o reconhecimento da minorante referida, em razão de se ter apurado que o paciente "detinha, para expor à venda em local conhecido como polo de mercancia, cerca de quarenta e nove porções de entorpecentes diversos (cocaína, crack e maconha)", em nenhum momento concluiu que tais circunstâncias efetivamente evidenciaríamos que o acusado se dedicaria a atividades delituosas ou integraria organização criminosa.

4. Reconhecida a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/1990, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da reprimenda imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto (como, por exemplo, a quantidade e a natureza de drogas apreendidas), para que, então, seja escolhido o regime carcerário que, à luz do disposto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no artigo 33 e parágrafos do Código Penal, se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

[...]

6. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, nos termos do voto do Relator" (HC n. 211092/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 9/10/2014).

Na mesma linha dos precedentes colacionados é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, **verbis**:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06). CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. INCIDÊNCIA EM PATAMAR INFERIOR AO MÁXIMO PREVISTO. VIABILIDADE. NATUREZA, DIVERSIDADE E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. ELEMENTO INDICATIVO DO GRAU DE ENVOLVIMENTO DO AGENTE COM A CRIMINALIDADE. ALTO POTENCIAL LESIVO DA DROGA APREENDIDA. FATOR RELEVANTE PARA A GRADAÇÃO DA MINORANTE. AUSÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA MAIS SEVERO DO QUE O PREVISTO SEGUNDO O SEU QUANTUM. GRANDE QUANTIDADE E DIVERSIDADE DOS ENTORPECENTES ENCONTRADOS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 44, III, DO CÓDIGO PENAL. RECURSO DESPROVIDO.

1. A redução da pena em virtude da minorante prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006, quando presentes os requisitos para a concessão do benefício, é regra in procedendo aplicável segundo a discricionariedade judicial, viabilizando que o magistrado fixe, fundamentadamente, o patamar que entenda necessário e suficiente para a reprovação do crime. Precedentes: HC 99.440/SP, Relator Ministro Joaquim Barbosa e HC 102.487/MS, Relator Ministro Ricardo Lewandowski.

2. O tráfico privilegiado, com minorante aplicável na terceira fase da dosimetria, pode ter sua extensão definida à luz do montante da droga apreendida, permitindo ao magistrado movimentar a redução dentro da escala penal de um sexto a dois terços, mediante o reconhecimento do menor ou maior envolvimento do agente com a criminalidade, máxime por ser conhecida no processo penal a figura da presunção hominis ou facti, consoante precedentes da Primeira Turma do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Supremo Tribunal Federal (Doutrina: LEONE, Giovanni. Trattato di Diritto Processuale Penale. v. II. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1961. p. 161-162).

3. A Primeira Turma deste Supremo Tribunal vem reconhecendo a possibilidade de considerar-se a natureza e a quantidade da droga apreendida como elementos indicativos 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. Precedentes: HC 107581, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 28/08/2012; HC 102487, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 01/06/2010.

[...]

5. No caso sub examine, o regime semiaberto foi devidamente fixado com fundamento na quantidade e na variedade da droga apreendida, bem como nas circunstâncias do caso concreto. Precedentes: HC 108.487, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 14/09/2012 e RHC 101.278, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 21/05/2010.

6. A conversão de pena privativa de liberdade em restritiva de direitos depende do atendimento dos requisitos fixados no art. 44 do Código Penal, o que não ocorre na hipótese, uma vez que as circunstâncias de caso demonstram que a substituição da pena seria insuficiente e inadequada para reprovação e prevenção do delito.

7. A mesma base legal invocada para impor o regime de cumprimento mais severo que o decorrente da pena aplicada serve de fundamento para negar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, consoante art. 44, III, do Código Penal. Precedente: HC 112.821, Rosa Weber, 1ª Turma, DJe de 11/10/2012.

9. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido" (RHC n. 119.122/ES, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 5/12/2013, grifei).

O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 - com redação dada pela Lei nº 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 e do art. 59, ambos do Código Penal, bem como os verbetes 440 da súmula do Superior Tribunal de Justiça e 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal (HC n. 277.310/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe de 2/9/2014).

O ora paciente, não reincidente, teve valoradas como favoráveis todas as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias judiciais - tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal -, e foi condenado pela prática de crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa (tráfico) à pena de **5 (cinco) anos e 10 (dez) meses** de reclusão, e, com a redução pela fração máxima de 2/3 (dois terços) em razão da incidência do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, faz jus ao regime **aberto** de cumprimento de pena, **ex vi** do art. 33, §2º, alínea "c" e §3º, do Código Penal.

Ante o exposto, não conheço do **habeas corpus**. **Concedo**, entretanto, a **ordem de ofício** para aplicar a causa de diminuição da pena do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06 no percentual de 2/3 (dois terços), fixando a pena em **3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão**, no regime **aberto** para início do cumprimento da pena, competindo ao d. juízo **a quo** examinar a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0090430-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 293.013 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 02401242720128260000 20140000192514 2401242720128260000 34701200900414700000
990105811000

EM MESA

JULGADO: 20/11/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DENIS VIEIRA LUPPI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DENIS VIEIRA LUPPI (PRESO)
ADVOGADO : RAFAEL RAMIA MUNERATTI - DEFENSOR PÚBLICO

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 Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) e Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.