



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 303.399 - SP (2014/0224401-7)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ANA CAROLINA CARNEIRO BARDE BEZERRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JANUARIO RODRIGUES DE ALMEIDA (PRESO)

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. PRIMARIEDADE. REGIME ABERTO. CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. **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 - O **Pretório Excelso**, nos termos da r. decisão Plenária 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 (Resolução n. 5 de 16/2/2012) -, permitiu a concessão da benesse legal aos condenados pelo crime de tráfico de drogas desde que preenchidos requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

IV - O Supremo Tribunal Federal também 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Código Penal.

V - **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 **3 (três) anos e 4 (quatro) meses** de reclusão - obteve, inclusive, a aplicação do redutor previsto no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, em 1/3 (um terço).

VI - Revela-se adequado, portanto, consoante o disposto no art. 33, §2º, "c" 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.

VII - Ademais, à luz do art. 44 do CP, o paciente faz jus, também, à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para, **confirmando-se a liminar deferida**, fixar o regime **aberto** para cumprimento de pena, com a consequente conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal, a ser estabelecida pelo d. juízo **a quo**.

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 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 303.399 - SP (2014/0224401-7)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em benefício de JANUÁRIO RODRIGUES DE ALMEIDA, apontando como autoridade coatora o eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 33, **caput**, c/c § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

Irresignada, a defesa **interpôs apelação** perante o eg. Tribunal **a quo**, que foi desprovido, por unanimidade, para manter a r. sentença que o condenou à pena de **3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão**, em regime inicial **fechado**.

Daí o presente **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, no qual postula o impetrante a fixação do regime inicial aberto e posterior conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

A liminar foi deferida às fls. 52-53, para que fosse observado em relação ao paciente o regime **aberto**, até o julgamento final deste **habeas corpus**.

As informações foram prestadas às fls. 67-68.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 83-87, opinou pelo **não conhecimento** da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 303.399 - SP (2014/0224401-7)

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. PRIMARIEDADE. REGIME ABERTO.
CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE
LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS.
POSSIBILIDADE. **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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

III - O **Pretório Excelso**, nos termos da r. decisão Plenária 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 (Resolução n. 5 de 16/2/2012) -, permitiu a concessão da benesse legal aos condenados pelo crime de tráfico de drogas desde que preenchidos requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

IV - O Supremo Tribunal Federal também 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.

V - **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 **3 (três) anos e 4 (quatro) meses** de reclusão - obteve, inclusive, a aplicação do redutor previsto no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, em 1/3 (um terço).

VI - Revela-se adequado, portanto, consoante o disposto no art. 33, §2º, "c" 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.

VII - Ademais, à luz do art. 44 do CP, o paciente faz jus, também, à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para, **confirmando-se a liminar deferida**, fixar o regime **aberto** para cumprimento de pena, com a consequente conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal, a ser estabelecida pelo d. juízo **a quo**.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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

Nas razões do presente **writ** busca o impetrante a fixação do regime inicial aberto, e a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

In casu, a r. sentença condenatória - mantida em grau de apelação - reconheceu a incidência do redutor inserto no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06. Por outro lado, fixou o regime inicial fechado, conforme excerto que ora transcrevo:

*"Verificada autoria e materialidade **passo à fixação da pena**.*

*Na **primeira fase** de aplicação da pena, com base nos art. 42 da Lei 11.343/06 e art. 59 do CP, **fixo a pena base em 05 anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias multa**, tendo em vista a ausência de certidão nos autos que justifique uma elevação, nos termos da Súmula 444 do C. Superior Tribunal de Justiça, eis que conforme a certidão acostada aos autos, não houve o trânsito em julgado para o acusado pela prática de crime pretérito.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na **segunda fase** inexistem atenuantes ou agravantes motivo pelo qual, **mantenho a pena ao seu patamar mínimo legal** de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Na **terceira fase**, atento para os ensinamentos da Súmula 444, do C. STJ, verifica-se que a certidão acostada aos autos, não pode ser levada em conta para o prejuízo do acusado, motivo pelo qual **verifico presente a causa especial de diminuição do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, pois tecnicamente o acusado pode ser considerado primário e não ostentador de maus antecedentes. Além disso, não há provas de que se dedique à atividades criminosas ou integre organização criminosa.**

Efetuo a diminuição em 1/3 em razão da alta quantidade de drogas encontradas em poder do agente, em um juízo de proporcionalidade.

Assim, a pena final do acusado é de 3 anos e 4 meses de reclusão, e 333 dias-multa.

O valor do dia-multa deve ser calculado nos termos do art. 43 da Lei nº 11.343/06, sendo fixado em um trinta avos do salário mínimo tendo em vista a situação econômica do acusado.

A pena deve ser cumprida inicialmente em regime fechado, em razão da alteração da Lei de Crimes Hediondos pela Lei nº 11.464/07.

Na poderá o réu apelar em liberdade em razão de ter respondido ao processo no cárcere e continuarem presentes os requisitos da prisão cautelar. Expeça-se mandado de prisão, em razão da sentença condenatória passar a ser o novo título da custódia do réu.

Devido a alta quantidade de droga encontrada em poder do acusado, extraio deste fato uma personalidade desfavorável a sociedade, de forma que é incabível a substituição da pena neste caso concreto, uma vez que o acusado não atende aos requisitos subjetivos para tal elencados no artigo 59 do Código Penal. Restou comprovada a personalidade anti-social do acusado pela quantidade de drogas encontradas, 117 porções de crack, 23 de maconha e 11 de cocaína. Assim para correta ressocialização do réu, verifico que a substituição da pena neste caso concreto é incompatível" (fls. 37-39, sem grifos no original).

O eg. Tribunal **a quo**, por ocasião do recurso de apelação interposto pela defesa, assim se manifestou a respeito:

"No que se refere à dosimetria das penas aplicadas, não merece qualquer reparo.

As penas-base foram fixadas em seus patamares mínimos.

Por não ter trânsito em julgado para o acusado pela prática de crime pretérito, efetuou-se a redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, na razão de 1/3.

Não comporta acolhimento a tese defensiva, no sentido da adoção do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

índice máximo de redução das penas, pois, dada a existência de antecedente criminal e sua natureza (fl. 91), não há dúvida do envolvimento do acusado com a criminalidade voltada ao comércio clandestino de drogas.

Quanto à pena de multa, a sanção adotada de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, também não merece reparo.

Outrossim, não é caso de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, art. 44, inciso III, do Código Penal, uma vez que as circunstâncias do crime e a conduta antissocial do acusado demonstram que a substituição pleiteada não é suficiente para a reprovação penal.

Por derradeiro, o regime prisional fixado, o fechado, é o legal, em conformidade com o § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, e compatível com as circunstâncias do caso em tela" (fls. 46-47, grifei).

Na hipótese dos autos, foi apreendido em poder do ora paciente **23,88 g de crack, 30,35 g de maconha e 5,97 g de cocaína**, entretanto, por se tratar de réu primário, de bons antecedentes, e que não se dedicaria à atividade criminosa ou que fosse integrante de organização criminosa, teve a sua pena reduzida em 1/3 (um terço), diante da aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006.

Nada obstante, o regime inicial de cumprimento da pena, que foi o fechado, baseou-se na gravidade em abstrato do delito, equiparado a hediondo, conforme se verifica da fundamentação acima transcrita.

Ocorre que 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, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014).

O **Pretório Excelso**, outrossim, nos termos da r. decisão Plenária 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 (Resolução n. 5 de 16/2/2012) -, permitiu a concessão da benesse legal aos condenados pelo crime de tráfico



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de drogas desde que preenchidos requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

O paciente, réu 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 **3 (três) anos e 4 (quatro) meses** de reclusão, e, assim, tem direito ao regime **aberto** de cumprimento de pena, **ex vi** do art. 33, §2º, alínea "c" e §3º, do Código Penal. À luz do art. 44 do mesmo diploma normativo, o paciente também faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ante o exposto, não conheço do **habeas corpus**. **Concedo**, entretanto, a **ordem de ofício** para, **confirmando-se a liminar deferida**, fixar o regime aberto para o cumprimento da pena, com a consequente conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal, a ser estabelecida pelo d. juízo **a quo**.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0224401-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 303.399 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 003745020138260405 20140000146458 214211 3745020138260405

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 : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ANA CAROLINA CARNEIRO BARDE BEZERRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JANUARIO RODRIGUES DE ALMEIDA (PRESO)

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.