



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 337.005 - SP (2015/0241699-0)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ROSELEINE APARECIDA DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIS FERNANDO ALVARENGA BARBOSA

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. PREVISÕES LEGAIS DECLARADAS INCONSTITUCIONAIS PELO STF. FUNDAMENTO TAMBÉM COM BASE NA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA (14,7g DE MACONHA). MOTIVAÇÃO INVÁLIDA. GRANDE QUANTIDADE E NATUREZA NEFASTA NÃO VERIFICADAS. RÉU PRIMÁRIO, PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. DIREITO AO REGIME ABERTO E À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Desde o julgamento do HC 111.840/ES (Rel. Min. DIAS TOFFOLI) foi declarada inconstitucional, *incidenter tantum*, pelo Plenário do STF a previsão legal (art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/90, na redação da Lei n. 11.464/2007) que determinava a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, devendo as regras do art. 33 do CP ser utilizadas também na fixação do regime prisional inicial dos crimes hediondos e equiparados, não subsistindo, outrossim, a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, prevista na parte final do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, tendo sido declarado inconstitucional o dispositivo, pelo Pleno do STF, quando do julgamento do HC n. 97.259 (Rel. Min. CARLOS AYRES BRITTO - DJe 16/2/2010), na parte relativa à proibição da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Com a edição da Resolução 05/2012, em 15/2/2012, do Senado Federal, foi suspensa a execução da vedação legal.

3. A quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar tanto a imposição do regime mais severo, quanto o indeferimento da substituição das penas. Precedentes.

4. Hipótese em que o paciente trazia consigo pequena quantidade do entorpecente maconha, não se justificando o recrudescimento do regime prisional e, tampouco, a negativa da substituição das penas, porquanto flagrantemente equivocada a valoração



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dada pelas instâncias ordinárias tanto à quantidade quanto à natureza da substância entorpecente apreendida. Precedentes.

5. *Habeas corpus* não conhecido, mas concedida a ordem de ofício para estabelecer o regime aberto para o cumprimento da pena reclusiva, substituindo-a por restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Tribunal de 2º Grau.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 24 de maio de 2016 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 337.005 - SP (2015/0241699-0)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ROSELEINE APARECIDA DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIS FERNANDO ALVARENGA BARBOSA

RELATÓRIO

O EXMO SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de LUIS FERNANDO ALVARENGA BARBOSA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em que negou-se provimento ao recurso de apelação, nos moldes da seguinte ementa:

Consta dos autos que o paciente foi condenado, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, às penas de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime fechado, e 166 dias-multa.

Interposta apelação, o Tribunal de origem houve por bem negar-lhe provimento.

Sustenta a impetrante, em suma, constrangimento ilegal, tendo em vista o direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, bem como à fixação de regime inicial menos gravoso.

Nesse sentido, assevera ser o paciente primário, possuir ocupação lícita, não ter antecedentes criminais, nem se dedicar ao crime como meio de subsistência, *tanto que foi beneficiado com a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º da Lei de Drogas* (fl. 4).

Requer, assim, a concessão de liminar no sentido de que seja suspenso o *cumprimento da pena privativa de liberdade, até o julgamento de mérito do presente 'writ', ou mesmo se permita que aguarde o julgamento em prisão domiciliar* (fl. 17). No mérito, pede a substituição das penas e a fixação do regime aberto para o cumprimento da pena reclusiva.

A liminar foi indeferida em decisão de fls. 41/42, tendo as informações sido prestadas às fls. 55/79 e 81/113.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 116/124 pelo não conhecimento do *writ* e, no mérito, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 337.005 - SP (2015/0241699-0)

VOTO

O EXMO SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal (HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/08/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/08/2012), assim alinhando-se a precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC 104.045/RJ, Rel. Ministra Rosa Weber, PRIMEIRA TURMA DJe de 06/09/2012).

Nada impede, contudo, que, de ofício, constate a Corte Superior a existência de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia, o que ora passo a examinar.

Compulsando o acórdão impugnado, verifica-se que o regime fechado foi estabelecido com base nos seguintes fundamentos:

Quanto ao regime, outro não poderia ser que não o fechado.

Não obstante recente decisão proferida pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, com declaração da Inconstitucionalidade – incidentalmente –, do disposto no art. 2º. § 1º, da Lei nº 8.072/90, não há como aplicar, "in casu", regime inicial menos severo.

Até em atenção ao art. 33, § 3º, do Código Penal.

E também se sabe, malgrado a edição da Súmula nº 719, pela Corte Máxima, que pode perfeitamente e ainda o regime fechado ser o adotado, quando devidamente justificado.

Exatamente como na espécie.

Afinal, o acusado foi surpreendido, aqui, a dispor à comercialização, de considerável quantidade de entorpecente de natureza nefasta: “maconha” na verdade perigosa alienadora de massas que, sutilmente, acaba por se enraizar na sociedade, minando-a e, por vezes transformando jovens de potencial pensante em debilitados de noções sociais, e que muitas vezes hasteiam bandeira de liberação, em imaginar as funestas consequências e sem realizar que na esmagadora maioria dos casos esta erva é exatamente o caminho de abertura às outras drogas.

Tudo a revelar, portanto e enfim, que o tráfico vem, com a falta de rigor na aplicação da Lei, tomando conta da sociedade, a incutir-se como ato corriqueiro e cotidiano, ocorrido aos olhos de todos, sem que o Estado nada faça para punir aqueles que transgridam – em plena confiança de impunidade – a ordem jurídica em que a legislação se sustenta.

Ora.

O Direito é, acima de tudo e simplesmente, um fenômeno social, dê que a própria Justiça é um ideal humano.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, as Leis e o ordenamento jurídico são frutos dos anseios de uma sociedade, que visam a proteger seus valores básicos através dos Poderes do Estado.

Destarte, se a Lei objetiva recrudescer a situação dada ao traficante, a impor-lhe pena grave, evidente que a atuação do Judiciário não pode perder este norte.

O julgador, portanto, agente político que é e com evidente função social, deve guinar a este sentido.

Daí que aquele que infringe as normas penais dá um passo transgressor, contrário e desrespeitoso ao seio social em que convive, momento em que fica sujeito, de forma consciente, à atuação do Estado, que deve ser, também retributiva.

Com isso, não se pode jamais perder de vista que o tráfico de drogas trata-se de delito nefasto, que deturpa a sociedade, destrói seres humanos e lares, bem como ampara todo o mundo da criminalidade.

[...]

Merece, por isso, fixação de regime inicial compatível com as circunstâncias e consequências de delito por ele praticado.

[...]

Daí porque o regime inicial fechado é mais do que aqui indicado.

Impossibilitada, por fim, a substituição da corporal por penas alternativas.

Isto porque, evidente que a benesse, 'in casu', não ostenta caráter suficientemente retributivo (art. 44, III, do Código Penal).

Nem é bastante à reeducação do acusado.

Que, em verdade verá a sua liberdade e branda pena como incentivo a que torne a propagar o tráfico por sua comunidade.

Não se pode perder de vista o fato de que, ainda que aplicado o redutor é nefasto e causador de deturpação à sociedade - torne-se a frisar.

Assim, tem-se que a aplicação da causa redutora não afasta em nada a extrema gravidade do crime, prevendo apenas abrandamento das reprimendas face à personalidade do réu, jamais por atenção às circunstâncias do delito.

Daí, enfim, que aquele que é surpreendido, como aqui, em poder de considerável quantidade de drogas não pode ser apenado de forma branda.

Deve receber reprovação compatível à sua conduta.

Tem-se, portanto e por evidente, que a aplicação de restritivas de direitos não condiz com a gravíssima conduta praticada pelo acusado, encontrando óbice no art 44, III do Código Penal

Nada se altera, portanto. (fls. 36/37 - Grifos).

De plano, cumpre esclarecer que a previsão legal que determinava a aplicação do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime fechado como inicial para o cumprimento da pena reclusiva foi declarada inconstitucional, *incidenter tantum*, pelo Plenário do STF no julgamento do HC n. 111.840/ES (Rel. Min. DIAS TOFFOLI), sendo, a partir de então, afastada a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado, aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, tendo lá ficado consignado que as regras do art. 33 do CP deveriam ser utilizadas também na fixação do regime prisional inicial dos crimes hediondos e equiparados.

E, quanto ao benefício da substituição das penas, a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, também não subsiste mais, tendo sido declarado inconstitucional o dispositivo, pelo Pleno do STF, quando do julgamento do HC n. 97.259 (Rel. Min. CARLOS AYRES BRITTO - DJe 16/2/2010), na parte relativa à proibição da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O entendimento passou, desde então, a ser adotado pelo STJ: AgRg no HC 121.111/SP, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (Desembargador Convocado do TJ/SP), SEXTA TURMA, DJe de 17/12/2010, e EDcl no HC 122.269/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe de 22/11/2010.

Em 15/2/2012, com a edição da Resolução 05/2012, do Senado Federal, foi suspensa a execução da mencionada vedação legal, *in verbis*:

RESOLUÇÃO Nº 5, DE 2012.

Suspende, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, a execução de parte do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.

O Senado Federal resolve:

*Art. 1º É suspensa a execução da expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos' do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do **Habeas Corpus** nº 97.256/RS.*

*Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.
Senado Federal, em 15 de fevereiro de 2012.*

Entretanto, na espécie, como visto, denota-se que, além do fundamento legal (§ 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com redação dada pela Lei n. 11.464/2007), e da indicada gravidade abstrata do delito, traz o acórdão impugnado fundamento concreto para o regime mais gravoso, consistente na *considerável quantidade de entorpecente de natureza nefasta: 'maconha'* (fl. 34). E, quanto à substituição das penas, foi indeferida pelo não preenchimento dos requisitos do art. 44, III, do CP, em virtude também da *considerável quantidade de drogas* (fl. 37).

Com efeito, nos termos do entendimento firmado pelo STJ, a quantidade, a natureza e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar tanto a imposição do regime mais severo, quanto o indeferimento da substituição das penas.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. GRANDE QUANTIDADE DA DROGA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. GRANDE QUANTIDADE DA DROGA. NÃO CONHECIMENTO.

1. *É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.*

2. *O estabelecimento do redutor na fração de 1/6 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, dada a grande quantidade da droga apreendida - 99,3 kg de maconha - a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. O quantum de redução aplicado fica indene ao crivo do habeas corpus, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.*

3. *Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.*

4. *É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/06, no sentido de que o juiz "na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".*

5. *Devidamente fundamentada a negativa de abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena, em razão da quantidade da substância entorpecente apreendida - 99,3 kg de maconha - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.*

6. *Habeas corpus não conhecido (HC 271.554/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 12/12/2013).*

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. VERIFICAÇÃO. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. DUPLA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

UTILIZAÇÃO. PRIMEIRA E TERCEIRA FASES DA DOSIMETRIA. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO EM DECORRÊNCIA DA QUANTIDADE DE DROGA. 3 KG DE COCAÍNA. QUANTIDADE DE DROGAS NÃO CONSIDERADA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. REGIME INICIAL DE PENA E SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO. MANUTENÇÃO DO DECISUM A QUO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. STF.

1. A violação de preceitos, dispositivos ou princípios constitucionais revela-se quaestio afeta à competência do Supremo Tribunal Federal, provocado pela via do extraordinário; motivo pelo qual não se pode conhecer do recurso nesse aspecto, em função do disposto no art. 105, III, da Constituição Federal.

2. Não inova a decisão agravada quando exclusivamente enfatiza ou transcreve a própria fundamentação disposta no acórdão a quo.

3. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual caracteriza bis in idem tal valoração tanto na primeira quanto na terceira fase do cálculo da pena.

4. As instâncias ordinárias atuaram em consonância com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, considerando, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga apreendida (3 Kg de cocaína).

5. Não merece reparo o acórdão local ao fixar a pena-base acima do mínimo legal, a despeito da primariedade e bons antecedentes da parte ré.

6. **Adequada a fixação do regime inicial fechado - não em decorrência da Lei n. 11.464/2007 -, porém por argumento diverso, qual seja, em razão da grande quantidade e qualidade do entorpecente traficado pela ré, a saber, 3 Kg de cocaína.**

7. **Não se mostra adequada a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, uma vez que a ré, conforme observado na decisum condenatório, não preenche os requisitos (pena privativa de liberdade de 5 anos, 4 meses e 5 dias de reclusão) previstos no art. 44, I e III, do Código Penal.**

8. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1341940/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/03/2015, DJe 12/03/2015).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA (34kg DE MACONHA). APLICAÇÃO DO REDUTOR EM PATAMAR DIVERSO DO MÁXIMO. IMPOSIÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. *A quantidade e qualidade da droga apreendida podem, em análise conjunta com os demais elementos constantes do processo criminal, interferir na escolha do percentual de redução pela causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, assim como na fixação do regime prisional e na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.*

2. *Na hipótese dos autos, diante da expressiva quantidade de droga apreendida - 34kg (trinta e quatro quilos) de maconha -, a decisão agravada restabeleceu a sentença condenatória que fixou o patamar de 1/2 (metade) para aplicação da causa de diminuição de pena, bem como estabeleceu o regime prisional mais gravoso e indeferiu o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.*

3. *Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp 1376334/PR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2014, DJe 29/08/2014).*

Ocorre, todavia, que, consoante se extrai dos autos, o paciente trazia consigo, apenas, 14,7g (quatorze gramas e sete centigramas) de maconha, razão pela qual não se justifica nem o recrudescimento do regime prisional, tampouco, a negativa da substituição das penas, porquanto flagrantemente equivocada a valoração dada pelas instâncias ordinárias tanto à quantidade quanto à natureza da substância entorpecente apreendida.

Nesse contexto, tratando-se de réu primário, cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal, faz jus o paciente ao regime aberto, bem como à substituição da pena reclusiva por restritivas de direitos.

No mesmo sentido:

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 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*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 DESTES 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 (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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 240.986/MA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2012, DJe 01/02/2013).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE.

1. Se o dispositivo legal responsável por impor o integral cumprimento da reprimenda no regime fechado é inconstitucional, também o é aquele que determina a todos - independentemente da pena a ser descontada ou das nuances do caso a caso - que iniciem a expiação no regime mais gravoso.

2. A partir do julgamento do Habeas Corpus nº 118.776/RS, esta Sexta Turma vem reconhecendo a possibilidade de deferimento da conversão de pena também aos condenados por delito de tráfico cometido sob a égide da Nova Lei Antitóxicos, tal qual ocorre na hipótese presente.

3. **Considerando a pena corporal aplicada - 2 anos e 6 meses de reclusão -, a pequena quantidade de entorpecente apreendido (2 gramas de maconha), bem como a primariedade e os bons antecedentes do paciente, cabível não só o estabelecimento do regime aberto, como também a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.**

4. Ordem concedida para, de um lado, fixar o regime aberto para início de desconto da sanção corporal; e, de outro lado, substituir a pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana. A implementação das restritivas de direitos fica a cargo do Juízo das Execuções Criminais (HC 206.158/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 03/08/2011).

Ante o exposto, voto por não conhecer do *habeas corpus*; porém, concedo a ordem de ofício para estabelecer o regime aberto para o cumprimento da pena reclusiva, substituindo-a por restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Tribunal de 2º Grau.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0241699-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 337.005 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00004174620148260071 20150000576946 4174620148260071 832014

EM MESA

JULGADO: 24/05/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA ELIANE MENEZES DE FARIA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ROSELEINE APARECIDA DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIS FERNANDO ALVARENGA BARBOSA

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 Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.