



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 247.374 - SP (2012/0135332-4)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : BEATRIZ SUTTI FERREIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FELIPE SANTOS DA SILVA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/1990 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ART. 33 DO CP E 42 DA LEI N. 11.343/2006. REGIME ABERTO. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 APLICADA EM PERCENTUAL DE METADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *WRIT* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, ressaltando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

– A obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crime hediondos e os a ele equiparados foi declarada inconstitucional pelo c. Pretório Excelso, em 27.6.2012, por ocasião do julgamento do HC 111.840/ES. Assim, a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal, bem como do art. 42 da Lei 11.343/2006, quando se tratar de delitos previstos nessa Lei.

– No caso, a pena-base foi fixada no mínimo legal diante das circunstâncias judiciais favoráveis; o réu é primário; a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 foi aplicada em percentual de metade (considerando-se a quantidade dos entorpecentes – 4,2g de cocaína e 18g de maconha), restando o *quantum* definitivo da reprimenda reclusiva em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de prisão. Sob tal contexto, o regime mais adequado para o início do cumprimento da pena, é o aberto, nos termos do disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

– A vedação legal à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, também, foi reconhecida como inconstitucional pelo STF e teve sua execução suspensa por resolução do Senado Federal. Cabe, portanto, ao Juízo da Execução, uma vez que transitada em julgado a condenação, verificar se o paciente preenche os requisitos legais para a concessão da benesse (art. 44 do CP).

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime inicial aberto e determinar que o Juízo da Vara das Execuções Criminais analise se o paciente preenche os requisitos legais do art. 44 do CP.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder *habeas corpus* de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 05 de março de 2013(data do julgamento).

MINISTRA MARILZA MAYNARD
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 247.374 - SP (2012/0135332-4)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : BEATRIZ SUTTI FERREIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FELIPE SANTOS DA SILVA

RELATÓRIO

**A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE):**

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, impetrado em benefício de FELIPE SANTOS DA SILVA, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 5 (cinco) anos de reclusão e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, em regime inicial fechado, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que deu parcial provimento ao recurso para reduzir a pena para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e o pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, porém, mantendo o regime fechado.

Busca a impetrante, em síntese, a modificação do regime inicial de cumprimento de pena para o aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que preenchidos os requisitos legais pelo paciente.

As informações foram prestadas às fls. 193/212.

A liminar foi indeferida à fl. 186.

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela concessão parcial da ordem (fls. 218-220).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 247.374 - SP (2012/0135332-4)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE) (Relatora):

De início, saliento que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, visando combater o excessivo alargamento da admissibilidade da ação constitucional do *habeas corpus* pelos Tribunais, passou a adotar orientação no sentido de não mais admiti-lo quando substitutivo de recurso ordinário. Confira-se:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea 'a', da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de habeas corpus, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do habeas corpus. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las (HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012).

Em seqüência, no julgamento do HC 104.045/RJ, na sessão do dia 28.8.2012, da relatoria da Exma. Ministra Rosa Weber, a aludida Turma julgadora foi além entendendo não mais ser cabível *habeas corpus* "como substitutivo de recurso no processo penal". Por oportuno, transcrevo os seguintes excertos do julgado, *in verbis*:

A preservação da racionalidade do sistema processual e recursal, bem como a necessidade de atacar a sobrecarga dos Tribunais recursais e superiores, desta forma reduzindo a morosidade processual e assegurando uma melhor prestação jurisdicional e a razoável duração do processo, aconselham seja retomada a função constitucional do habeas corpus, sem o seu emprego como substitutivo de recurso no processo penal.

Sobre os feitos já ajuizados destacou, *litteris*:

Como a não admissão do habeas corpus como substitutivo do recurso ordinário constitucional representa guinada da jurisprudência desta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Corte, entendo que, quanto os habeas corpus já impetrados, impõem-se o exame da questão de fundo, uma vez que possível o concessão de habeas corpus de ofício diante de flagrante ilegalidade ou arbitrariedade.

A ementa do aresto restou assim sintetizada:

EMENTA HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. HISTÓRICO. VULGARIZAÇÃO E DESVIRTUAMENTO. SEQUESTRO. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE.

1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte.

2. A dosimetria da pena submete-se a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete precipuamente o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção apenas de eventuais discrepâncias gritantes e arbitrárias nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores.

3. Assim como a concorrência de vetoriais negativas do art. 59 do Código Penal autoriza pena base bem acima da mínima legal, a existência de uma única, desde que de especial gravidade, também autoriza a exasperação da pena, a despeito de neutras as demais vetoriais.

4. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está condicionada somente ao quantum da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, conforme remissão do art. 33, §3º, do mesmo diploma legal. Precedentes

5. Não se presta o habeas corpus, enquanto não permite ampla avaliação e valoração das provas, ao reexame do conjunto fático-probatório determinante da fixação das penas.

6. Habeas corpus rejeitado (HC 104.045/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 6.9.2012).

Este Superior Tribunal de Justiça, adotando a nova orientação da Suprema Corte, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

toada, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O STF. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o habeas corpus substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Primeira Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/08/2012, publicado no DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 28/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012; HC 108181/RS, Primeira Turma, Relator Min. LUIZ FUX, julgado em 21/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, 'no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.'

3. Hipótese em que o Paciente teve a prisão preventiva decretada a fim de assegurar a execução de medida protetiva de urgência, porque, 'usuário de drogas, já se envolveu em outras situações de violência doméstica contra a mulher, estando, inclusive, respondendo por tentativa de homicídio de [sua esposa], de onde se infere que a sua custódia é necessária para a garantia da ordem pública e, sobretudo, da segurança da ofendida'.

4. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 221.200/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 19.9.2012).

Assim, deixo de conhecer o presente *writ* por se cuidar de substitutivo de recurso especial. Contudo, em observância ao princípio da ampla defesa e diante da plausibilidade jurídica da tese levantada pela defesa, passo a analisar a presente impetração.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27.6.2012, no julgamento do HC 111.840/ES, declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/1990, que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

determinava a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crime hediondos e os a ele equiparados. Desse modo, configura manifesta ilegalidade a imposição do regime mais gravoso com base unicamente na disposição legal afastada pelo Pretório Excelso ou na hediondez do delito, como ocorreu na hipótese, *in verbis*:

Inviável a imposição do regime menos gravoso.

O crime de tráfico de entorpecente é equiparado aos crimes hediondos devendo a pena ser cumprida em regime fechado, por ser o único adequado a coibir delito de tamanha envergadura. (fl. 166)

Assim, na definição do regime prisional mais adequado para à repreensão e reprovação de qualquer crime deve-se observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c art. 59, ambos do Código Penal. E, nos casos de condenados por infrações previstas na Lei de Drogas, a jurisprudência tem entendimento de que a natureza e quantidade de drogas, além de serem consideradas na fixação da pena, devem influenciar na fixação do regime inicial para o cumprimento da pena, nos termos do art. 42 (Lei n. 11.343/2006).

No caso, a pena-base foi fixada no mínimo legal diante das circunstâncias judiciais favoráveis; o réu é primário; a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 foi aplicada em percentual de metade, considerando-se a quantidade dos entorpecentes (4,2g de cocaína e 18g de maconha). Nesse contexto e considerando o *quantum* da pena aplicada ao paciente - 02 (dois) anos e 06 (seis) meses - o regime prisional mais adequado para o cumprimento inicial da pena, é o aberto.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. 25,55 GRAMAS DE COCAÍNA. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4.º, DO ART. 33, DA LEI N.º 11.343/06, À RAZÃO DE 1/2 (METADE). FIXAÇÃO APRIORÍSTICA DO REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE. ENTENDIMENTO FIRMADO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC N.º 111.840/ES, REL. MIN. DIAS TOFFOLI. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. RESOLUÇÃO N.º 5/2012, DO SENADO FEDERAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA, PARA REDUZIR AS REPRIMENDAS PARA 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, E 250 DIAS-MULTA, BEM ASSIM PARA QUE O JUÍZO DAS EXECUÇÕES AVALIE A CONFIGURAÇÃO, OU NÃO, DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RESTRITIVAS DE DIREITOS. CONCEDIDO HABEAS CORPUS DE OFÍCIO, PARA QUE O CUMPRIMENTO DA PENA SEJA INICIADO EM REGIME PRISIONAL ABERTO, COM CONDIÇÕES A SEREM ESTABELECIDAS, TAMBÉM, PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES.

1. O art. 42, da Lei n.º 11.343/06, é expresso 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" (grifei). Esse critério, por certo, deve ser usado tanto para a fixação da pena-base quanto para aplicar a causa de diminuição de pena prevista no § 4.º, do art. 33, da nova Lei de Drogas de modo adequado.

2. São requisitos para que o traficante faça jus à aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Esses requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente.

3. **Assim, à luz dos dispositivos acima mencionados, a quantidade e a natureza da droga apreendida na espécie - 25,55 gramas de cocaína - justificam a aplicação da redução, à razão de 1/2 (metade).**

4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar, no dia 27 de junho de 2012, o HC n.º 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, declarou incidentalmente, por maioria, a inconstitucionalidade do § 1.º, do art. 2.º, da Lei n.º 8.072/90 (redação dada pela Lei n.º 11.464/07), e afastou a obrigatoriedade apriorística de se fixar o regime inicial fechado para os condenados por tráfico.

5. A Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, suspendeu "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".

6. Ordem de habeas corpus concedida para, mantida a condenação do Paciente pela prática do delito previsto no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/06, **reduzir as reprimendas para 2 anos e 6 meses de reclusão**, e 250 dias-multa, bem assim para que o Juízo das Execuções avalie a configuração, ou não, dos requisitos necessários para a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. **Concedido habeas corpus de ofício, para que o cumprimento da pena seja iniciado em regime prisional aberto**, com condições a serem estabelecidas, também, pelo Juízo das Execuções (HC 217281/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 1/3/2013).

(...).

TRÁFICO DE DROGAS COM O REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. CRIME HEDIONDO. REGIME PRISIONAL. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. VIABILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA RECLUSIVA. FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E DESTES STJ. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA-BASE NO MÍNIMO. PEQUENA QUANTIDADE DE MATERIAL TÓXICO APREENDIDO. MODO ABERTO DEVIDO. CONSTRANGIMENTO DEMONSTRADO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. A Lei 11.464/2007, introduzindo nova redação ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, estabeleceu o regime inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos delitos hediondos, cometidos após a sua entrada em vigor.

2. Segundo precedentes do Supremo Tribunal Federal e deste Superior Tribunal, constatada a possibilidade de substituição da reprimenda reclusiva por medidas alternativas, aqui procedida, deve ser afastado o óbice à fixação de regime diverso do fechado para o cumprimento da pena, em homenagem ao princípio da proporcionalidade.

3. **Considerando o quantum de pena definitivamente irrogado, menor que 4 (quatro) anos de reclusão, a favorabilidade de todas as circunstâncias previstas no art. 59 do CP e a quantidade de material tóxico capturado, flagrante a ilegalidade na manutenção do regime fechado, sendo devida a fixação do modo aberto de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do CP.**

4. Ordem parcialmente concedida, para aplicar a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 no patamar de 1/3 (um terço), ficando a reprimenda do paciente definitiva em 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 334 (trezentos e trinta e quatro) dias-multa, e ainda, afastando-se a vedação legal à permuta, bem como o óbice à imposição de regime inicial diverso do fechado, substituir a sanção reclusiva por duas restritivas de direito, a serem designadas pelo Juízo da Execução, e fixar o regime aberto para o início do cumprimento da sanção, determinando-se, por fim, a expedição de alvará de soltura em favor do paciente, se por outro motivo não estiver preso. (HC 232.687/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe de 1º.8.2012).

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. MEDIDA IMPRESCINDÍVEL À SUA OTIMIZAÇÃO. EFETIVA PROTEÇÃO AO DIREITO DE IR, VIR E FICAR. 2. ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL POSTERIOR À IMPETRAÇÃO DO PRESENTE WRIT. EXAME QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 3. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME MAIS SEVERO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO EVIDENTE. 4. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INDEFERIMENTO COM BASE NA VEDAÇÃO DO ART. 44 DA LEI Nº 11.343/2006. FLAGRANTE ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

[...]

4. **Considerando que as instâncias ordinárias entenderam não ser a quantidade e a qualidade da droga apreendida aptas a agravarem a situação do paciente, tanto que as circunstâncias judiciais foram tidas por favoráveis - ocasionando a fixação da pena-base no mínimo legal -, bem como em razão da aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 em seu patamar**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

máximo de 2/3 (dois terços), deve ser restabelecida a sentença condenatória, a qual fixou o regime aberto para desconto da sanção reclusiva.

5. Reconhecida a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos no crime de tráfico de entorpecentes, quando a pena aplicada for inferior a 4 anos de reclusão, fica manifesto o constrangimento ilegal a que se encontra submetido o paciente, uma vez que o aludido benefício foi negado com base unicamente na gravidade em abstrato do delito.

6. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido de ofício a fim de restabelecer a sentença proferida pelo Magistrado singular, fixando-se, portanto, o regime aberto para cumprimento da pena privativa de liberdade imposta ao paciente, a qual deverá ser substituída por 2 (duas) medidas restritivas de direitos. (HC 249.999/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe de 19.10.2012).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO INADEQUADA. REDUÇÃO DA PENA QUE SE IMPÕE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI Nº 11.343/2006. FIXAÇÃO DO QUANTUM INFERIOR AO MÁXIMO PREVISTO EM LEI. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS.

1. Inexiste fundamentação idônea para justificar o aumento da pena-base quanto à culpabilidade e consequências do crime, se consideradas contrárias ao paciente de forma genérica e evasiva, não sendo particularizado em que consistiram os aspectos negativos. Em relação aos maus antecedentes, as certidões consideradas não dão conta de condenações com trânsito em julgado, em desconformidade com a jurisprudência pacífica desta Corte, sendo certo, quanto aos motivos, que o lucro fácil é circunstância inerente ao delito em questão, restando evidenciado, assim, o constrangimento ilegal.

2. A redução da causa de diminuição em 1/2 (metade) se justifica em razão da quantidade de droga apreendida (45g de cocaína).

3. Considerando a quantidade de pena aplicada - 2 anos e 6 meses de reclusão -, reconhecida a primariedade do réu e fixada a pena-base no mínimo legal em razão das favoráveis circunstâncias judiciais, é de rigor, respeitando-se o princípio da individualização da pena, que a reprimenda corporal seja cumprida no regime aberto, visto que não supera 4 anos, não tendo lugar a aplicação literal do dispositivo inserido na lei de Crimes hediondos, eis que alheia às particularidades do caso concreto, consoante vem sendo decidido pela Sexta Turma desta Corte.

4. Muito embora, em momento anterior, a Corte Especial deste Tribunal tenha rejeitado a Arguição de Inconstitucionalidade no HC nº 120.353/SP, a partir do julgamento do HC nº 118.776/RS (Relator o Ministro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nilson Naves, DJe de 23/8/2010), esta Sexta Turma vem reconhecendo a possibilidade de deferimento do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados por delito de tráfico cometido sob a égide da Nova Lei de Drogas. Esse entendimento foi confirmado no julgamento do HC 149.807/SP, da relatoria do Ministro Og Fernandes, DJe de 20/9/2010.

5. Habeas corpus concedido parcialmente para reduzir a pena imposta ao paciente na ação penal de que se cuida a 2 anos e 6 meses de reclusão, que deve ser substituída por duas penas restritivas de direitos, a serem definidas no Juízo da Execução, e 250 dias-multa (HC 158.624/MG, Rel. Ministro Haroldo Rodrigues – Desembargador convocado do TJ/CE, DJe de 6/12/2010).

Quanto à conversão da pena, mais uma vez assiste razão ao impetrante. A norma legal que vedava à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados por crime de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes (art. 33, § 4º, Lei n. 11.343/2006), também foi declarada inconstitucional pelo STF, e já teve sua execução suspensa pelo Senado Federal. Logo, não há qualquer óbice a concessão da benesse legal aos condenados pelo crime de tráfico de drogas desde que preenchidos os requisitos legais.

Na espécie, noticiado o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo da Vara das Execuções Criminais, verificar se o paciente faz jus à concessão do referido benefício nos termos do disposto no art. 44 do CP.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS, APLICADA À RAZÃO DE 1/3 (UM TERÇO). REDUÇÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS APREENDIDAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. RESOLUÇÃO N.º 05/2012, DO SENADO FEDERAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

*1. Segundo o art. 42, da Lei n.º 11.343/2006, "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" 2. Na espécie, a quantidade e a natureza das drogas apreendidas - **165 gramas de maconha, 41 gramas de cocaína e 2 gramas de crack** - justifica a não aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º da Lei n.º 11.343/06 em seu grau máximo.*

3. A Resolução n.º 5/2012, do Senado Federal, suspendeu "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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do Habeas Corpus nº 97.256/RS".

4. **Ordem de habeas corpus parcialmente concedida, tão somente para determinar ao Juízo das Execuções Criminais que proceda ao exame do preenchimento ou não dos requisitos necessários à substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos**, observada a Resolução n.º 5/2012, do Senado Federal (HC 228.623/SC, Rel. Ministra Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 18/2/2013).

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO EM 1/3 (UM TERÇO). SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS.

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

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

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp. 1.330.133/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe de 15/2/2013).

Ante o exposto, não conheço do presente *writ*. Contudo, concedo a ordem, de ofício, para fixar o regime aberto como o inicial para o cumprimento da pena reclusiva, bem como para determinar que o Juízo da Vara das Execuções Criminais analise se o paciente preenche os requisitos legais do art. 44 do CP, fazendo jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0135332-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 247.374 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 2240120100773442 28112010 773442120108260224

EM MESA

JULGADO: 05/03/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : BEATRIZ SUTTI FERREIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FELIPE SANTOS DA SILVA

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.