



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 326.301 - SP (2015/0134585-4)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JÚLIA APARECIDA ROMÃO DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DAVID SANTOS MEDEIROS

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. Contudo, o alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FIXADA EM 1/6 (UM SEXTO). FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. ALTERAÇÃO DA FRAÇÃO PARA 1/2 (METADE). IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO. DIVERSIDADE DO ESTUPEFACIENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa.

2. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a aplicação do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação, devem ser consideradas as circunstâncias do caso concreto.

3. *In casu*, as instâncias de origem fixaram a fração em 1/6 (um sexto) em razão da natureza de um dos estupefacientes apreendidos. Entretanto, a quantidade da referida droga foi pequena, não justificando a escolha do *quantum* mínimo.

4. Contudo, em razão da diversidade dos entorpecentes, torna-se inviável a adoção da causa de diminuição em seu patamar máximo, mostrando-se razoável e proporcional ao caso a redução da reprimenda em 1/2 (metade).

REGIME PRISIONAL FECHADO DETERMINADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 11.464/2007. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI N.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8.072/1990, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI N. 11.464/2007. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE MODO DIVERSO DO FECHADO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA APTA A JUSTIFICAR O MODO MAIS GRAVOSO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. COAÇÃO ILEGAL CARACTERIZADA.

1. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi conferida pela Lei n. 11.464/2007, que estabelecia o modo inicial fechado em relação aos delitos hediondos cometidos após a sua entrada em vigor, o regime prisional para esses tipos de crimes deve ser fixado de acordo com o previsto no artigo 33 do Código Penal.

2. Assim, tendo a reprimenda sido redimensionada para 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, cabível a mitigação para o modo inicial aberto, tendo em vista a primariedade do paciente e a favorabilidade das circunstâncias judiciais, conforme art. 33, § 2º, alínea c, do CP.

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 44 DA LEI N. 11.343/06 PELO STF. SUSPENSÃO DA NORMA PELO SENADO. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. NEGATIVA FUNDADA NA VEDAÇÃO LEGAL. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

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 vedação legal não constitui, portanto, fundamento suficiente para justificar o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

3. Afastado o motivo em que a Corte impetrada se embasou para negar a permuta e preenchidos os quesitos descritos no art. 44 do CP, viável a conversão da pena.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de reduzir a pena para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, alterar o regime inicial para o aberto e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem designadas pelo Juízo de Execução Penal.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos estes autos, 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 do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de maio de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 326.301 - SP (2015/0134585-4)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JÚLIA APARECIDA ROMÃO DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DAVID SANTOS MEDEIROS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de DAVID SANTOS MEDEIROS contra acórdão proferido pela 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que negou provimento à Apelação n.º 0036222-26.2014.8.26.0050, mantendo a sentença que o condenou à pena de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 417 (quatrocentos e dezessete) dias-multa, como incurso na sanção do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal ao argumento de que o paciente faria jus à aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06, em seu grau máximo, haja vista sua primariedade e a ausência de indícios que demonstrassem dedicação à atividade delituosa ou participação em organização criminosa.

Afirma que a quantidade ou a natureza da droga não estariam previstas como requisitos para a incidência da referida minorante na Lei de Drogas, motivo pelo qual não poderia o Tribunal de origem ter utilizado tais elementos para justificar a fração adotada.

Alega que, com a aplicação do mencionado redutor, o paciente faria jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, uma vez que preencheria as exigências do art. 44 do Código Penal, e em razão da Resolução n. 05/2012 do Senado Federal, a qual teria suspenso a expressão que vedava a referida benesse.

Defende que inexistiria fundamentação idônea a legitimar o modo inicial fechado, apontando como violadas as Súmulas ns. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Aduz que o caráter hediondo do delito não poderia impedir a fixação de regime inicial diverso do fechado, porquanto a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade do disposto no § 1º, art. 2º da Lei n.º 8.072/90.

Assevera que, nos termos da Lei n. 12.736/12, o tempo em que o paciente ficou preso cautelarmente deveria ser considerado para a determinação do modo inicial e, por essa razão, seria cabível regime mais brando.

Requer a concessão da ordem constitucional a fim de que seja aplicado do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, em seu grau máximo, abrandado do regime inicial e substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 326.301 - SP (2015/0134585-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105 da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

A propósito:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA DEMONSTRADA. ACUSADO FORAGIDO. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em se concede a ordem de ofício.

(...)

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 302.771/PI, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 11/11/2014, DJe 19/11/2014)

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 417 (quatrocentos e dezessete) dias-multa, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, porque:

Consta dos inclusos autos de inquérito policial que, no dia 25 de abril de 2014, por volta das 12 horas, na Rua Beira Rio, nº 35, Jardim Pantanal, nesta cidade e Comarca de São Paulo, DAVID SANTOS MEDEIROS, qualificado a fls. 18, trazia consigo e portava, com a finalidade de posterior entrega a consumo e fornecimento a terceiros (tráfico), 0,9



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

g (nove decigramas de cocaína) de cocaína na forma de "crack", divididos em 04 (quatro) porções, e 9,7 g (nove gramas e sete decigramas) de maconha, divididos em 09 (nove) porções, substâncias entorpecentes que causam dependência física e psíquica (cf. laudo de constatação provisória a fls. 17), sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar. (e-STJ fl. 13)

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação perante a Corte de origem, a qual lhe negou provimento, mantido o édito condenatório.

No que se refere à almejada aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, observa-se que o Tribunal manteve a fração em 1/6 (um sexto) fixada pelo magistrado sentenciante, com o seguinte fundamento:

Não procede o pleito defensivo de redução da reprimenda em 2/3, na medida em que, conforme a regra prevista no art. 42, da Lei de Drogas, na fixação das penas, não são só as circunstâncias do art. 59, do Código Penal, que devem ser consideradas, mas também a quantidade e a natureza da droga apreendida, a personalidade e a conduta social do agente.

A natureza de uma das drogas apreendidas, qual seja, crack, não permite a redução da pena em maior fração.

Além disso, o réu alegou ser usuário de entorpecentes, não trabalha e demonstrou que vinha se dedicando à atividades criminosas, para sustentar o próprio vício (fls. 19).

Desta feita, plenamente justificada a diminuição em 1/6, com escopo em expressa previsão legal, não havendo nada a alterar nesse sentido. (e-STJ fl. 35)

Com efeito, no caso em apreço, as instâncias de origem mitigaram a incidência do benefício com esteio na natureza de uma das drogas apreendidas - "crack" -, entretanto tal fundamento não se revela idôneo, tendo em vista que a quantidade do referido entorpecente foi pequena.

Faz-se imperioso, portanto, reconhecer o manifesto constrangimento ilegal neste ponto, em razão da ausência de motivação suficiente a legitimar a escolha da fração da redução da reprimenda.

Contudo, inviável a incidência em seu grau máximo, como pretendido, tendo em vista a variedade das drogas apreendidas - "crack" e maconha, o que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

representa motivação suficiente para impedir a aplicação da fração em 2/3 (dois terços), nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça.

Assim, mostra-se razoável e proporcional ao caso concreto a redução em 1/2 (metade).

Passando-se a dosimetria, tem-se que a pena-base foi fixada no patamar mínimo de 05 (cinco) anos, e 500 (quinhentos) dias-multa. Na segunda fase, não obstante a presença da atenuante da menoridade relativa, a sanção mantém-se inalterada, em conformidade com o Enunciado Sumular 231/STJ.

Na última etapa, reduzindo-se a pena na fração de 1/2 (metade), a reprimenda resta definitiva em **2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa.**

No que se refere ao pleito de mitigação do regime prisional, o Colegiado impetrado manteve o modo fechado sob o seguinte fundamento, *verbis*:

"Quanto ao regime prisional, da mesma forma, por se tratar a lei de tóxicos de lei especial, em relação ao Código Penal, o legislador tem o direito de fixar o regime fechado, muito embora a pena seja inferior a 4 anos e o réu não seja reincidente.

De outra banda, nem poderia se entender de outra forma, ou seja, permitir aos condenados à penas privativas de liberdade inferiores a 4 anos, iniciar o cumprimento da reprimenda em regime aberto, uma vez que tal exigência decorre de norma legal, ou seja, a Lei nº 8.072/90, com a modificação introduzida pela Lei nº 11.464/07.

[...]

*Logo, há uma velha regra de Direito que diz que "quem pode o mais, pode o menos". Assim, no caso ora sob exame, se aos crimes de tráfico de entorpecentes não são permitidos a concessão de fiança, nem da obtenção de graça ou anistia, é óbvio que o menos será o regime prisional. **Portanto, se para tais crimes o regime obrigatório é o inicial fechado, não é possível conceder-se regime mais brando aos apenados por tais crimes.***

[...]

No caso em concreto, feita a análise da conduta do recorrente, não vejo como atender ao pedido da defesa e assim conceder uma pena privativa de liberdade em regime diverso do inicial fechado e muito menos substituir essa pena por outras restritivas de direitos." (e-STJ fls. 36-38).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Acerca do tema, cumpre observar que a nova redação dada ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 pela Lei 11.464/07, que estabelecia a obrigatoriedade de cumprimento inicial da pena no modo fechado, nos casos de condenação por delitos hediondos e equiparados, foi declarada, por maioria de votos e de forma incidental, inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do HC 111.840, da Relatoria do Exmo. Sr. Ministro Dias Toffoli, ocorrido em 27-6-2012, por entender-se que o dispositivo contraria a Constituição Federal, especificamente no ponto que trata do princípio da individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI), devendo o regime prisional, então, ser fixado de acordo com o previsto no art. 33 e seus parágrafos, do Código Penal.

Certo também que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade pela via difusa são restritos ao processo e às partes, e, via de regra, retroagem desde a origem do ato subordinado à inconstitucionalidade da lei/norma assim declarada.

Entretanto, tendo a inconstitucionalidade sido declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, a quem incumbe a interpretação da Constituição Federal, deve ser seguida a orientação dada pela Corte Suprema.

Dessa forma, e considerando-se a declaração de inconstitucionalidade, ainda que por maioria de votos e de forma incidental, da nova redação dada ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 pela Lei n. 11.464/07, deve o regime prisional ser fixado de acordo com os ditames do art. 33, §§ 2º e 3º, c/c art. 59 do Código Penal.

Afastado, portanto, o fundamento utilizado pelo Tribunal *a quo* para justificar o modo mais gravoso de execução da pena, de rigor o abrandamento do modo inicial para desconto da reprimenda.

Assim, fixada a pena-base no mínimo legal, dada a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e, considerando-se a primariedade do paciente e a redução da sanção final, entende-se proporcional a escolha do regime inicial aberto, conforme disposto no art. 33, § 2º, alínea c, do Código Penal.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. REGIME PRISIONAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA FIXAR O REGIME ABERTO E PERMITIR A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS.

[...]

5. No caso, considerando a pena de 2 anos e 6 meses de reclusão e a análise favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal, deve ser fixado, nos termos do art. 33, § 2º, c, e § 3º, do Código Penal, o regime inicial aberto para cumprimento da pena.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais.

(HC 327.429/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2015, DJe 13/10/2015)

Quanto à substituição da sanção corporal por restritivas de direitos, verifica-se que o Tribunal de origem, para motivar a negativa, assim se manifestou:

A Lei nº 11.343/06, ou seja, lei de drogas, é uma legislação especial em relação ao Código Penal, que é uma lei de caráter geral.

Assim sendo, por se tratar a Lei nº 11.343/06 de uma lei especial, o legislador pode nela inserir dispositivos, como por exemplo, proibir a conversão da pena privativa de liberdade, por restritivas de direitos, seja qual for a quantidade de entorpecente apreendida com o autor do crime, justamente por ser uma norma especial, isto é, foi criada com o objetivo específico de reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes. Muito ao contrário do Estatuto Penal, que dita regras sobre centenas de condutas ilícitas.

Desta forma, com base na técnica processual, não vejo qualquer desrespeito à Resolução nº 5/2012 do Senado Federal, publicada em 16 de fevereiro de 2012, que foi originada pela decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal, nos autos de Habeas Corpus nº 97,256/RS, que suspendeu a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", contida no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06.

[...]

É óbvio que, como vimos no parágrafo anterior, o crime é o mesmo do "caput" do art. 33, da Lei nº 11.343/06, portanto, como já disse alhures, não é possível a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de direitos. (e-STJ fls. 35-36)

Da leitura do trecho supra, nota-se que a Corte estadual negou a permuta sem explicitar qualquer motivo suficiente para atestar a ausência de preenchimento dos requisitos previstos no art. 44 do Código Penal pelo paciente, fazendo alusão tão somente à vedação legal, fundamento que, nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, revela-se inidôneo para justificar o indeferimento da benesse.

Nesse diapasão, tem-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. REGIME PRISIONAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA FIXAR O REGIME ABERTO E PERMITIR A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS.

[...]

3. No que tange à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ao analisar o HC n. 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir tal possibilidade, nos termos do art. 44 do Código Penal, reconhecendo a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, por meio da Resolução n. 5/2012.

4. Hipótese em que a sentença referiu-se à natureza hedionda do tráfico de drogas e à sua gravidade abstrata para fixar o regime inicial fechado e negar a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

5. No caso, considerando a pena de 1 ano e 8 meses de reclusão e a análise favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal, deve ser fixado, nos termos do art. 33, § 2º, c, e § 3º, do Código Penal, o regime inicial aberto para cumprimento da pena.

6. Do mesmo modo, havendo a paciente preenchido os requisitos do art. 44 do Código Penal, deve a pena corporal ser substituída por penas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais, ainda mais porque o Tribunal de origem, no julgamento do apelo defensivo, não trouxe fundamentação idônea para a negativa do benefício.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais.

(HC 327.985/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

QUINTA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 19/10/2015)

É certo que, embora inicialmente esta Quinta Turma tenha adotado o entendimento de que não se aplicaria ao delito de tráfico de drogas, perpetrado na vigência da Lei n.º 11.343/2006, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, haja vista a vedação expressa contida no art. 44 da aludida norma (nesse sentido: *HC 154.799/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 26/08/2010, DJe 27/09/2010; HC 146.032/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 12/08/2010, DJe 13/09/2010*), em 1º de setembro de 2010, o Supremo Tribunal Federal declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão "*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*", constante do § 4º do art. 33 da novel Lei de Drogas, bem como da expressão "*vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos*", contida no art. 44 do mesmo diploma legal, quando do julgamento do *Habeas Corpus* n.º 97.256/RS, da relatoria do Exmo. Ministro Ayres Britto.

Aliás, o Senado Federal, através da Resolução n. 5, de 15-2-2012, suspendeu a execução da expressão "*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*" do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/6, dada a declaração de inconstitucionalidade aludida, dando cumprimento ao previsto no art. 52, X, da CF/88.

Considerando-se a declaração de inconstitucionalidade das mencionadas expressões dos arts. 33, § 4º e 44, ambos da Lei nº 11.343/06, pela Suprema Corte, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena, e observada a suspensão, pelo Senado Federal, da execução de parte do art. 33, § 4º, da Lei citada, por força do art. 52, X, da CF/88, afigura-se possível, em princípio, a substituição de pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos condenados por crime de tráfico de drogas, mesmo que cometido na vigência da Lei Antidrogas.

Portanto, afastando-se a motivação adotada para negar a permuta e, tendo em vista a primariedade do paciente, a favorabilidade das circunstâncias judiciais e a redução da pena total aplicada para patamar inferior a 04 (quatro) anos, deve a ordem ser concedida de ofício a fim de determinar a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem designadas pelo Juízo de Execução Criminal, nos termos do art. 44 do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, não se conhece do *writ*, concedendo-se, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, a fim de **reduzir a pena para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, alterar o regime inicial para o aberto e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem designadas pelo Juízo de Execução Penal.**

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0134585-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 326.301 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00362222620148260050 362222620148260050 8902014

EM MESA

JULGADO: 05/05/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JÚLIA APARECIDA ROMÃO DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DAVID SANTOS MEDEIROS

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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.