



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 364.292 - SP (2016/0196172-1)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PEDRO CAVENAGHI NETO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MURILO CAUAN RONDEL DE LARA (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. PACIENTE CONDENADO PELO CRIME TIPIFICADO NO ART. 33, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/2006. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO PENAL DO ART. 28 DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. FRAÇÃO DE 1/2. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. POSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL IMEDIATAMENTE MAIS GRAVOSO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior, à luz da orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, exarada no julgamento do HC 109.956/PR, com o fito de conceder efetividade ao disposto no art. 102, II, "a", da Constituição da República, e nos arts. 30 a 32 da Lei n. 8.038/1990, assentou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, com vistas a não se desvirtuar a finalidade desse remédio constitucional. No entanto, quando a ilegalidade apontada é flagrante, excepciona-se tal entendimento, justificando-se a atuação deste Superior Tribunal, caso em que se concede a ordem de ofício.

2. O pedido de desclassificação do crime de tráfico ilícito de drogas para o tipo penal descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 demandaria aprofundado revolvimento do acervo fático-probatório, tarefa para a qual não se presta a via estreita do *habeas corpus*, que exige prova pré-constituída do direito alegado. Precedentes.

3. De acordo com o art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de um sexto a dois terços da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. A razão de ser do chamado tráfico privilegiado consiste em punir com menor rigor o "traficante de primeira viagem", vale dizer, aquele que não faz do tráfico o seu meio de vida.

4. Na hipótese, o Tribunal *a quo* aplicou a causa especial de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diminuição da pena, na fração de 1/2, tendo em vista a quantidade, a diversidade e a natureza dos entorpecentes apreendidos em poder do paciente, o que, nos termos da reiterada jurisprudência desta Corte, constitui motivação concreta e idônea a justificar a diminuição da reprimenda, em menor percentual, na terceira fase da dosimetria da pena, desde que não valoradas na primeira fase. Por outro lado, a alteração da fração de diminuição de pena constitui tarefa inviável na via eleita, por demandar revolvimento do acervo fático-probatório.

5. O Pleno do eg. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 111.840/ES, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, por ofender a garantia constitucional de individualização da pena (art. 5º, XLVI, da Constituição Federal). Afastou, dessa forma, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e dos demais delitos a eles equiparados.

6. Em tal contexto, nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o Julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e, em se tratando dos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como no caso, deverá levar em conta a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

7. A quantidade, a diversidade e a natureza da substância entorpecente apreendida justificam a imposição de regime prisional mais gravoso, bem como o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Precedentes.

8. Considerada a quantidade de pena aplicada (2 anos e 6 meses de reclusão), a primariedade do paciente e a fixação da pena-base no mínimo legal, constata-se a existência de constrangimento ilegal decorrente da imposição do regime inicial fechado, uma vez que o regime imediatamente mais gravoso seria o semiaberto, o qual se revela como o mais adequado à prevenção e à repressão do delito em tela, conforme o art. 33, § 3º, do Código Penal.

9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda imposta ao paciente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 1º de setembro de 2016 (Data do Julgamento).

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 364.292 - SP (2016/0196172-1)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PEDRO CAVENAGHI NETO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MURILO CAUAN RONDEL DE LARA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de MURILO CAUAN RONDEL DE LARA, no qual se aponta como autoridade coatora o eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0013106-87.2014.8.26.0309).

O paciente foi denunciado pela suposta prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, em virtude dos seguintes fatos (e-STJ fls. 24/25):

Consta dos referidos autos que no dia 02.07.14, por volta das 02:00 horas, na Rua Archangelo Bianchini, nas proximidades do numerai 635, Iboturucaia, nesta, o denunciado foi surpreendido quando trazia consigo, para consumo, substância entorpecente e que determina dependência física / psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal / regulamentar.

Segundo se logrou apurar, por ocasião dos fatos, policiais militares realizavam patrulhamento de rotina em local conhecido por se tratar de ponto de venda de drogas, quando se depararam com o denunciado, constatando que trocava ele objeto com outrem.

Dessa feita, suspeitando desse comportamento, decidiram abordá-los, porém, assim que perceberam a aproximação da viatura, o denunciado e o outro indivíduo evadiram-se em desabalada carreira.

Apenas o denunciado foi alcançado e inconformado, passou a se debater, resistindo à detenção.

Após revista pessoal, em poder do denunciado, os policiais apreenderam uma sacola plástica contendo: 12 (doze) porções da substância entorpecente vulgarmente conhecida por "maconha"; 08 (oito) pinos da substância entorpecente vulgarmente conhecida por "cocaína"; 02 (dois) pinos da substância entorpecente vulgarmente conhecida por "crack" bem como R\$ 60,00 e um aparelho de telefone celular.

O denunciado insistia que se tratava de menor de 18 anos, e apenas perante a autoridade policial constatou-se a sua maioridade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pelo exposto, estando o denunciado incurso no artigo 33 da Lei 11.343/2006, requer, após o recebimento e a autuação desta denúncia, seja ele citado [...].

Em primeira instância, o Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Jundiaí/SP julgou parcialmente procedente a denúncia, para desclassificar o tipo do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 para o do art. 28 da referida Lei e, assim, aplicar ao acusado a medida educativa de advertência sobre os efeitos das drogas. Declarou, ainda, a extinção da punibilidade do paciente (e-STJ fls. 26/30).

Em apelação, o Tribunal de origem deu provimento ao recurso do Ministério Público, para condenar o paciente à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 250 dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, ocasião em que determinou a expedição de mandado de prisão, que foi cumprido em 23/5/2016.

O v. aresto está assim ementado (e-STJ fl. 32):

Apelação Criminal - Tráfico de substâncias entorpecentes - Sentença desclassificatória para o crime previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/06 - Recurso do Ministério Público objetivando a condenação pelo crime de tráfico - Admissibilidade - Materialidade e autoria suficientemente demonstradas - Penas - Básicas mínimas, por favoráveis as circunstâncias judiciais - Não considerada a atenuante da menoridade relativa, mercê da vedação estabelecida pela Súmula nº 231 do STJ - Aplicado - o redutor, ante a presença dos requisitos previstos no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06, na fração de 1/2, em razão da natureza, quantidade e diversidade de entorpecentes - Fixado o regime fechado, por ser o mais adequado às peculiaridades da espécie - Recurso provido.

Daí o *writ* em exame, no qual a Defensoria Pública do Estado de São Paulo aponta constrangimento ilegal decorrente da condenação pelo delito de tráfico ilícito de entorpecentes. Argumenta, em síntese, não ter sido comprovada a mercancia ilícita, devendo ser levada em consideração a negativa do paciente, sobretudo se considerada a pequena quantidade de droga apreendida em seu poder, o que revela a sua condição de usuário e autoriza a desclassificação da conduta para o tipo penal previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

Insurge-se contra a aplicação, apenas na fração de 1/2, da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, e contra a fixação do regime inicial



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fechado. Alega que a quantidade de droga apreendida não poderia ser invocada pelo Julgador na terceira fase da dosimetria da pena e que o paciente faz jus ao regime inicial aberto, dada a primariedade e a fixação da pena-base no mínimo legal, bem como à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Requer, dessa forma, a aplicação, na fração máxima, da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, a fixação do regime prisional aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Deferido parcialmente o pedido liminar, tão somente, para estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena, (e-STJ fls. 47/51), foram prestadas as informações solicitadas (e-STJ fls. 62/86 e 98/123).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela *"concessão parcial da ordem, a fim de que o juízo da execução, com base em fundamentos concretos, estipule o regime inicial de cumprimento da pena e avalie a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito em favor do paciente* (e-STJ fls. 126/129).

É, em síntese, o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 364.292 - SP (2016/0196172-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

A jurisprudência desta Corte Superior, à luz da orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, exarada no julgamento do HC 109.956/PR, com o fito de conceder efetividade ao disposto no art. 102, II, "a", da Constituição da República, e nos arts. 30 a 32 da Lei n. 8.038/90, assentou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, com vistas a não se desvirtuar a finalidade desse remédio constitucional.

No entanto, quando a ilegalidade apontada é flagrante, excepciona-se tal entendimento, justificando-se a atuação deste Superior Tribunal, caso em que se concede a ordem de ofício. Nesse mesmo sentido: HC 313.318/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, julgamento em 7/5/2015, DJe de 21/5/2015; HC 321.436/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 19/5/2015, DJe de 27/5/2015.

Assim, em princípio, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Inicialmente, em face da argumentação tecida no *writ*, a despeito de não ter constado expressamente do pedido, aprecio a tese de desclassificação do delito de tráfico ilícito de entorpecentes para o tipo penal previsto no art. 28 da Lei de Drogas.

No ponto, observo que o Tribunal local reformou a r. sentença, que havia desclassificado o delito de tráfico de drogas para o crime do art. 28 da citada Lei, por concluir que *"as provas produzidas sob o crivo do contraditório, em conjunto com as elaboradas na fase inquisitiva, eram mesmo suficientes para fundamentar o decreto condenatório na forma almejada pelo órgão ministerial"* (e-STJ fl. 37).

Ademais, salientou que a diversidade, razoável quantidade e forma de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acondicionamento das substâncias entorpecentes que o paciente guardava (12 porções de maconha, com 30,3g; 8 porções de cocaína, com 5,8g; e 2 porções de "crack", com 0,3g) denotam a sua destinação ao comércio ilícito e, portanto, ao consumo de terceiros.

Sob esse prisma, o pedido de desclassificação do crime de tráfico ilícito de drogas para o tipo penal descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 demandaria aprofundado revolvimento do acervo fático-probatório, tarefa para a qual não se presta a via estreita do *habeas corpus*, que exige prova pré-constituída do direito alegado.

No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL.

IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. WRIT NÃO CONHECIDO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO.

REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. MAUS ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIA QUE IMPEDE A APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. REGIME PRISIONAL FECHADO. ADEQUAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. O mandamus se presta a sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção. Não cabe nesta via estreita do writ revolvimento fático-probatório a ensejar a absolvição do paciente ou a desclassificação do crime para o art. 28 da Lei 11.343/06. (Precedentes).

[...]. 5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 359.752/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/08/2016, DJe 12/08/2016) (grifei).

HABEAS CORPUS. SUCEDÂNEO RECURSAL. INADMISSIBILIDADE. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REVISÃO DA DOSIMETRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. RECRUDESCIMENTO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. EXORBITÂNCIA DO VALOR DO DIA-MULTA. TEMA NÃO ANALISADO PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

[...]. 2. A via eleita é imprópria para apreciar pedido de desclassificação da conduta de tráfico ilícito de entorpecentes (art. 33 da Lei n. 11.343/2006) para uso de entorpecentes (art. 28 da Lei n. 11.343/2006), devido à necessidade de dilação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

probatória.

[...]. 9. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 219.226/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 07/04/2016, DJe 20/04/2016) (grifei).

No que diz respeito à aplicação, na fração de 1/2, da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em que pese à argumentação tecida pela impetrante, não se evidencia o alegado constrangimento ilegal.

Nos termos do disposto no aludido art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de um sexto a dois terços da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

A razão de ser do chamado tráfico privilegiado, de que trata o citado dispositivo, consiste em punir com menor rigor o "traficante de primeira viagem", vale dizer, aquele que não faz do tráfico o seu meio de vida. A propósito, confira-se a seguinte lição:

[...]. *Cuida-se de norma inédita, visando à redução da punição do traficante de primeira viagem, o que merece aplauso. Portanto, aquele que cometer o delito previsto no art. 33, caput ou § 1º, se for primário (indivíduo que não é reincidente), vale dizer, não cometeu outro delito, após ter sido definitivamente condenado anteriormente por crime anterior, no prazo de cinco anos, conforme arts. 63 e 64 do Código Penal) e tiver bons antecedentes (sujeito que não ostenta condenações definitivas anteriores), não se dedicando às atividades criminosas, nem integrando organização criminosa, pode valer-se da pena mais branda. (In Leis penais e processuais penais comentadas. Guilherme de Souza Nucci. 9ªed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 358-359).*

In casu, a Corte de origem, ao dar provimento à apelação do Ministério Público para condenar o paciente pelo delito de tráfico ilícito de entorpecentes, reconheceu a figura do tráfico privilegiado e, na terceira fase da dosimetria, aplicou a fração de 1/2, amparando-se nos seguintes fundamentos (e-STJ fls. 40/41):

[...]. *As básicas ficam estimadas nos mínimos legais, mercê das circunstâncias judiciais favoráveis.*

Na segunda fase, a despeito da atenuante da menoridade relativa, as penas permanecem naquele mesmo patamar, por ser descabida a sua redução abaixo das mínimas previstas no tipo penal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vulnerado, consoante o comando normativo da Súmula nº 231 do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

E, na terceira etapa, presentes os requisitos previstos no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06, na medida em que o apelado é primário e possuidor de bons antecedentes e não há provas de que se dedicasse à atividade criminosa ou integrasse organização criminosa, é de ser aplicada a causa de diminuição.

Entretanto, considerando-se a quantidade, diversidade e natureza dos entorpecentes, dotados de elevado poder viciante (cocaína e crack), aplica-se a redução na fração de 1/2 (metade).

Assim, obtêm-se as penas definitivas de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo, com atualização monetária, as quais se mostram de todo proporcionais, adequadas e suficientes à reprovação e prevenção do crime. (grifei).

Consoante se depreende da transcrição acima, o Tribunal a quo aplicou a causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 1/2, tendo em vista a quantidade, a diversidade e a natureza dos entorpecentes apreendidos em poder do paciente, o que, nos termos da reiterada jurisprudência desta Corte, constitui motivação concreta e idônea a justificar a diminuição da pena, em menor percentual, na terceira fase da dosimetria da pena, desde que não valorados na primeira fase.

Por outro lado, a alteração da fração de diminuição de pena constitui tarefa inviável na via eleita, por demandar revolvimento do acervo fático-probatório.

Confirmam-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS COM ENVOLVIMENTO DE ADOLESCENTE. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REQUISITO SUBJETIVO NÃO PREENCHIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A jurisprudência firmou o entendimento de que, como o legislador não estabeleceu especificamente os parâmetros para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.11.343/2006, devem ser consideradas, para orientar o cálculo da minorante, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e, especialmente, o disposto no art. 42 da Lei de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Drogas.

2. Não há ilegalidade a ser sanada no ponto em que foi aplicada a diminuição da pena pela metade na terceira etapa da dosimetria, pois a instância ordinária destacou, para tanto, a quantidade, a natureza e a forma de acondicionamento da droga apreendida (25 "eppendorfs" de cocaína, com peso líquido de 9,2g) - elementos que não foram valorados na primeira fase - e as condições em que ocorreu a prática criminosa (com o envolvimento de adolescente).

[...]. 5. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, apenas para que o Tribunal de origem verifique, mediante concreta motivação, a possibilidade de fixar ao paciente regime inicial mais brando de cumprimento de pena, à luz do art. 33 do Código Penal.

(HC 308.068/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2014, DJe 17/12/2014) (grifei).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06. QUANTUM DE REDUÇÃO. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA.

QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS DROGAS. EXASPERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

PACIENTE QUE SEQUER FARIA JUS À BENESSE, PORQUANTO FAZIA DO TRÁFICO SEU MEIO DE VIDA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE.

AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES.

WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. O estabelecimento do redutor na fração de 1/2 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, diante da quantidade e diversidade das substâncias entorpecentes apreendidas - 167 porções de maconha, 58 pedras de crack, 164 porções de cocaína e 25 comprimidos de ecstasy - 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. Ademais, consoante destacou a Corte de origem, o paciente já fora por demais beneficiado com sua aplicação, ainda que apenas em metade, haja vista que praticava o comércio ilícito costumeiramente, fazendo do tráfico seu meio de vida, o que impede a aplicação da referida minorante, a qual, todavia, foi mantida em homenagem ao princípio do non reformatio in pejus, ante a ausência de apelo ministerial.

2. O regime inicial fechado foi fixado com base, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso sub judice, uma vez que as instâncias ordinárias não procederam à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelos arts. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado e a fundamentação referente à gravidade in abstracto do delito de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

(HC 340.238/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 15/04/2016) (grifei).

Não se vislumbra, assim, ilegalidade decorrente da aplicação, na fração de 1/2, da causa especial de diminuição de pena a que se refere o § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

Contudo, parcial razão assiste à impetrante no que se refere ao regime inicial de cumprimento de pena.

O Pleno do eg. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 111.840/ES, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, por ofender a garantia constitucional de individualização da pena (art. 5º, XLVI, da Constituição Federal). Afastou, dessa forma, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e dos demais delitos a eles equiparados.

Em tal contexto, nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o Julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e, em se tratando dos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como no caso, deverá levar em conta a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

Na hipótese, o Tribunal *a quo* estabeleceu o regime inicial fechado, tecendo as seguintes considerações (e-STJ fls. 41/42):

Quanto ao regime prisional, há que se ressaltar que o apelado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vê-se agora condenado por crime sabidamente classificado, no sistema jurídico pátrio, como assemelhado aos hediondos, consoante o preceito do artigo 2º, caput, da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, merecendo tratamento mais rigoroso e severo, recomendado a partir da Constituição Federal (art. 5º, XLIII).

Não bastasse isso, a gravidade concreta da conduta do apelado, decorrente da natureza, diversidade e razoável quantidade de entorpecentes, dotados de alto poder viciante e capazes de atingir um expressivo número de usuários, revela a sua elevada danosidade social, a reclamar, portanto, a fixação do regime inicial fechado, constituindo-se, de resto, como óbice à substituição da pena fechado, constituindo-se, de resto, como óbice à substituição da pena corporal por restritivas de direitos, máxime porque estas não se mostram suficientes e socialmente recomendáveis (art. 44, III, CP). (grifei).

Como se vê, a Corte local impôs o regime prisional fechado e afirmou que o paciente não fazia jus à substituição da pena privativa de liberdade, levando em conta a gravidade em abstrato do delito, fundamento que ora se afasta. Contudo, também fez expressa referência à gravidade concreta dos fatos imputados ao acusado, ante a natureza, a diversidade e a razoável quantidade de drogas com ele apreendidas, circunstância que autoriza a conclusão de que sua conduta reveste-se de maior grau de reprovabilidade, a justificar a fixação de regime prisional imediatamente mais gravoso, bem como o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça consagrou a orientação de que a quantidade, a diversidade e a natureza da substância entorpecente apreendida justificam a imposição de regime prisional mais gravoso, bem como o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Cito, por oportuno, as seguintes ementas:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. FUNDAMENTO COM BASE NA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA (29 PEDRAS DE CRACK). FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. CONDENAÇÃO NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO. FUNDAMENTO CONCRETO PARA A FIXAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO - O SEMIABERTO - E NÃO O FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. Nos termos do entendimento firmado pelo STJ, a natureza, a variedade e a quantidade da substância entorpecente constituem fundamento idôneo para justificar a fixação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em patamar inferior ao máximo legal, constituindo, outrossim, justificativa para a imposição do regime mais severo e para o indeferimento da substituição das penas. Precedentes.

3. Todavia, embora válido o fundamento para o recrudesimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado, ao réu primário, condenado à pena reclusiva não superior a 4 anos - 1 ano e 8 meses - cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal. Precedentes.

4. Habeas corpus não conhecido, mas ordem concedida, de ofício, para estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva.

(HC 337.305/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 25/05/2016) (grifei).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial semiaberto e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos pela Corte de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, considerando-se a quantidade e a natureza das substâncias entorpecentes apreendidas (art. 42 da Lei n.º 11.343/06), bem como o fato de a residência da paciente ser conhecida como ponto de venda de drogas, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

2. Habeas corpus não conhecido.

(HC 353.729/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 24/06/2016) (grifei).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO NA HEDIONDEZ DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. SUBSTITUIÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE PENA.

IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]. 2. O STF, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

3. A partir do julgamento do HC 97.256/RS pelo STF, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, o benefício da substituição da pena passou a ser concedido aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

4. Hipótese em que a Corte local referiu-se-se apenas à hediondez do delito para fixar o regime inicial fechado e para cassar a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

5. Contudo, apesar de o paciente ser primário, o quantum da pena (1 ano e 8 meses de reclusão) e o fato de não terem sido apontadas circunstâncias desfavoráveis, verifico que a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido - 249,85g de cocaína - ensejam a fixação do regime semiaberto.

6. Não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, porquanto as circunstâncias do caso concreto não recomendam a substituição da pena, tendo em vista a quantidade do entorpecente apreendido.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto.

(HC 356.831/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 29/06/2016) (grifei).

Sob tal perspectiva, considerada a quantidade de pena aplicada (2 anos e 6 meses de reclusão), a primariedade do paciente e a fixação da pena-base no mínimo legal, vislumbro a existência de constrangimento ilegal decorrente da imposição do regime inicial fechado, uma vez que o regime imediatamente mais gravoso seria o semiaberto, o qual se revela como o mais adequado à prevenção e à repressão do delito em tela, conforme o art. 33, § 3º, do Código Penal.

À vista de tais pressupostos, não se conhece do *habeas corpus*. Contudo, **concede-se a ordem, de ofício, apenas para impor ao paciente o regime**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inicial semiaberto de cumprimento de pena, nos autos do Processo n. 0013106-87.2014.8.26.0309.

É como voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0196172-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 364.292 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00131068720148260309 13106872014 131068720148260309

EM MESA

JULGADO: 01/09/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PEDRO CAVENAGHI NETO - SP324057
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MURILO CAUAN RONDEL DE LARA (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 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 Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.