



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 254.464 - SP (2012/0195965-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO LOPES DE OLIVEIRA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : AMELI DE FÁTIMA DOS SANTOS CARDOSO
PACIENTE : MARCOS GIULIANO CONSTANTINO

EMENTA

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. NATUREZA DAS DROGAS. REGIME MENOS GRAVOSO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. 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 1/3 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, dada a natureza das drogas apreendidas - *crack* e 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, bem como a a negativa de substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos, em razão da quantidade e da natureza das substâncias entorpecentes apreendidas - aproximadamente 14 invólucros de *crack*, 3 invólucros de maconha e mais 10 pedras de *crack* - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

6. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães, Rogerio Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 26 de novembro de 2013(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 254.464 - SP (2012/0195965-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO LOPES DE OLIVEIRA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : AMELI DE FÁTIMA DOS SANTOS CARDOSO
PACIENTE : MARCOS GIULIANO CONSTANTINO

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por Defensor Público em favor de AMELI DE FÁTIMA DOS SANTOS CARDOSO e MARCOS GIULIANO CONSTANTINO, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 0037640-09.2010.8.26.0577).

Consta dos autos que os pacientes foram condenados à pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 166 dias-multa, por infração ao art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, nestes termos:

AMELI DE FÁTIMA DOS SANTOS CARDOSO, MARCOS GIULIANO CONSTANTINO e GILMARA SANTOS DA CONCEIÇÃO, qualificados nos autos, foram denunciados como incurso no artigo 33, "caput", da Lei 11.343/06, porque na data e local descritos na denúncia, agindo com consciência e vontade livres, traziam consigo e tinham em depósito, para fins de tráfico, droga, aproximadamente **14 invólucros de "crack", 03 invólucros de maconha e mais 10 pedras de "crack"**, substância entorpecente e sabidamente causadora de dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar. (...) Destarte, comprovadas a materialidade e a autoria, impõe-se a condenação. Na aplicação da pena, sopesadas as circunstâncias do artigo 59, do Código Penal, as penas-base devem ser fixadas no mínimo legal. Prosseguindo-se, quanto ao delito de tráfico de drogas, deve haver redução em um terço, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, justificando-se a diminuição no mínimo legal ante a natureza da droga, cocaína, substância nociva, de nefastas conseqüências para a sociedade, bem como e, notadamente, em razão do concurso de delitos que demonstra que a repressão, no caso, deve ser mais intensa. Essas penas, assim, devem ser tornadas definitivas, na ausência de outras condições modificadoras. Em razão das condições econômicas do réu, a unidade do dia multa deve ser fixada no mínimo legal, aplicando-se, no caso, a Lei 11.343/06, tendo em vista o princípio da especificidade. 3. Posto isso, julgo PROCEDENTE a ação penal e CONDENO os réus AMELI DE FÁTIMA DOS SANTOS CARDOSO, MARCOS GIULIANO CONSTANTINO e GILMARA SANTOS DA CONCEIÇÃO, qualificados nos autos, como incurso no artigo 33, "caput", da Lei 11.343/06, à pena de três anos e quatro meses de reclusão e cento e sessenta e seis dias-multa, com unidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fixada no mínimo legal. Não fazem os réus jus ao benefício da substituição da pena privativa de liberdade, nos termos do artigo 44, do Código Penal, pois o crime de tráfico de drogas é grave, equiparado inclusive ao hediondo. Mesmo se isso não bastasse, o delito em questão está capitulado em Lei Especial (nº 11.343/06), e tal, em seu artigo 33, § 4º, veda expressamente o aludido benefício, o qual nada tem de inconstitucional, pois apenas atende ao princípio de individualização da pena, observando a gravidade intrínseca do crime em questão. Pelos mesmos motivos, o regime inicial para cumprimento das penas deverá ser o fechado, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal e artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, com a nova redação que lhe foi dada. Entretanto, muito embora os motivos expostos, fazem os réus jus ao benefício de recorrer em liberdade, pois assim estão em razão de excesso de prazo na formação da culpa. (fls. 29-35).

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso, *verbis*:

Quanto a pena aplicada, de certa maneira atenderam ao critério da reprovabilidade e suficiência na apenação. **Não há se falar em uma maior diminuição da pena pela aplicação do redutor previsto no § 4º, do art. 33 da Lei 11.343/06, haja vista que a natureza da droga apreendida, não autoriza a fixação no patamar inferior ao estabelecido na r. sentença.** Dessa maneira, enfatiza-se que a venda da substância "crack" provoca sérios riscos na sociedade, pelo seu alto poder lesivo, o que inviabiliza a aplicação do redutor. Esclarece-se que os apelantes foram beneficiados com a redução, pois tiveram a pena diminuída em 1/3 (um terço). A rigor, não deveria ser aplicado, porém, nesse aspecto, quedou-se inerte o Ministério Público. Paralelamente, o apelo da Ilustre Defensoria, requerendo a diminuição em seu grau máximo também não merece ser acolhido.

Outrossim, não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, pois o crime de tráfico de drogas é nefasto, causador de grande desassossego social, pelo que é preciso maior reprovabilidade àqueles que enveredam para a prática de tal conduta ilícita, de modo que prevaleça o parâmetro da suficiência e proporcionalidade na fixação da pena, mostrando-se de todo inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ou qualquer outro benefício, sob pena de indisfarçável impunidade, na contramão do anseio social voltado para a melhoria da segurança pública. Sabe-se que o tráfico de drogas é uma espécie de mola propulsora à prática de outros crimes graves, principalmente roubos. E, é justamente atento a isso, que se impõe tratamento com maior rigor ao traficante, delinqüente que, por conclusão lógica, não tem mérito para benesses legais. **O regime inicial de cumprimento da pena deve ser o fechado, considerando a gravidade do crime de tráfico de drogas, pois comparado a crime hediondo, o que enseja a aplicação, inicialmente, de um regime mais severo, mostrando à sociedade a eficaz repressão a esse tipo de delito. Frise-se que em poder do réu Marcos se deu a apreensão de elevadas e variadas substâncias entorpecentes atrelado ao alto poder lesivo**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que provoca na sociedade, oferecendo risco à saúde pública. Do mesmo modo, a natureza da droga encontrada com Ameli e Gilmara afasta a possibilidade de modificar o regime estabelecido.(...) A pena de multa é devida, pois fixada conforme parâmetros legais, não havendo se falar em inconstitucionalidade no patamar estabelecido no preceito secundário do tipo penal. O legislador ordinário tem a prerrogativa de instituir qual a pena mais adequada para determinado delito, levando em consideração a sua gravidade, motivo pelo qual, a fixação de um valor elevado para a pena de multa não viola nenhum dispositivo legal, pelo contrário, representa a aplicação do princípio da individualização da pena. Não houve violação aos princípios constitucionais da individualização da pena ou da proporcionalidade, mas apenas opção clara do legislador, sem qualquer óbice constitucional, no sentido de coibir de maneira eficaz a sua conduta, considerada de extrema gravidade, de natureza hedionda, contra a saúde pública e impulsionadora de outros delitos também de elevada nocividade social. Aliás, nota-se que os apelantes foram beneficiados com a redução da pena de multa no patamar estabelecido na r. sentença, pois esta ficou aquém da sua correta fixação, ou seja, a diminuição para 166 (cento e sessenta e seis) dias multa, não condiz com o cálculo utilizado para o desconto de 1/3 (um terço) utilizado para reduzir a a pena privativa de liberdade.

Explica-se. Os réus foram condenados às penas de 05 (cinco) anos de reclusão, e pagamento 500 (quinhentos dias multa), a qual foi diminuída com a aplicação do redutor em 1/3 (um terço), totalizando 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, sendo que a pena de multa, tivesse sido assim diminuída, deveria ser fixada em 333 (trezentos e trinta e três) dias multa.

Porém, deixo de corrigir tal erro, pois prejudicaria os réus e, havendo somente recurso exclusivo da defesa, isso não é possível.

Diante dos argumentos acima elencados, a r. sentença acertadamente condenou os recorrentes pela prática do crime de tráfico de entorpecentes.

Ante o exposto, pelo meu voto, CONHEÇO e NEGÓ PROVIMENTO aos recursos interpostos, mantida a r. sentença impugnada. (fls. 36-48).

Daí o presente *mandamus*, no qual o impterante alega que é plausível a redução em patamar máximo (dois terços) da causa especial prevista no art. 33, § 4.º, da Lei 11.343/06.

Assevera que os pacientes são primários, não ostentam maus antecedentes, uma vez que não há notícia de condenação anterior com trânsito em julgado. Acrescenta que não há indícios de que os pacientes participem de organização criminosa.

Sublinha que "a natureza da substância já foi devidamente considerada pelo legislador ao tipificar o crime de tráfico. Usá-la novamente para negar ao apelante o benefício legal configura odioso *bis in idem*, incompatível com o devido processo legal" (fl. 3).

Assere que os pacientes preenchem os requisitos para que suas penas corporais sejam substituídas por restritivas de direitos.

Assinala que foi declarada inconstitucional a vedação prevista na Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/06, referente à impossibilidade de substituição da pena para o crime de tráfico de drogas.

Pontua que a aplicação do regime mais severo é desproporcional ao delito, não permitindo que a pena imposta pelo Estado cumpra sua trílice função.

Aduz que a gravidade em abstrato do crime não pode constituir fundamentação idônea para a fixação do regime fechado.

Invoca o princípio da individualização da pena, bem como as súmulas 440 do Superior Tribunal Justiça e 718/719 do Supremo Tribunal Federal.

Ressalta que a pena mais adequada na espécie seria a de prestação de serviços à comunidade, pela constatação de ser muito mais efetiva na reintegração social do paciente.

Requer, liminarmente e no mérito, seja reduzida a pena, aplicando-se a causa especial de diminuição em seu patamar máximo (dois terços), assim como seja substituída a pena corporal por restritiva de direitos e modificado o regime inicial de cumprimento para outro diverso do fechado.

A liminar foi indeferida às fls. 55/58.

Foram prestadas informações às fls. 68/89 e 91/107.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral Maria Eliane Menezes de Farias, pelo não conhecimento do *writ* (fls. 110/116).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 254.464 - SP (2012/0195965-0)

EMENTA

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. NATUREZA DAS DROGAS. REGIME MENOS GRAVOSO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. 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 1/3 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, dada a natureza das drogas apreendidas - *crack* e 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, bem como a a negativa de substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos, em razão da quantidade e da natureza das substâncias entorpecentes apreendidas - aproximadamente 14 invólucros de *crack*, 3 invólucros de maconha e mais 10 pedras de *crack* - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.
6. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Preliminarmente, cumpre registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

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 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do Resp ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

Quanto ao patamar de diminuição, na terceira fase da dosimetria, não há nada a retificar no acórdão atacado, porquanto o estabelecimento do redutor na fração de 1/3 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, dada a natureza da droga apreendida, a saber, *crack* e maconha, substâncias causadoras de efeitos extremamente deletérios.

Com efeito, é este o espírito da Lei Antidrogas, que dispõe:

"Art. 42. 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."

Dessarte, diante da natureza das drogas encontradas em poder dos pacientes, não há falar em ilegalidade na aplicação do referido redutor em apenas 1/3. Ademais, fixar outro montante de redução demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com a via angusta do *habeas corpus*:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELO JUÍZO SENTENCIANTE, NO PATAMAR DE 1/2. CONFIRMAÇÃO PELO TRIBUNAL A QUO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. ORDEM DENEGADA.

1. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base, quanto na determinação do grau de redução da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

2. Na hipótese, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a variedade e a quantidade das substâncias apreendidas - 65,71g de "maconha" e 16,56g de "merla" - justificam a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3.

3. Não havendo ilegalidade na fixação do quantum a ser reduzido pela minorante do art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, é vedado, na estreita via do habeas corpus, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória.

(HC 178.964/DF, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe de 22.8.2011)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. APLICAÇÃO DA MINORANTE EM METADE. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VIABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E STF.

1. O Tribunal Estadual, ao aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, estabeleceu, de forma motivada e proporcional, o coeficiente em 1/2 (metade), dada a quantidade de droga apreendida e a forma de seu acondicionamento - ressalte-se, 5, 7 (cinco gramas e sete decigramas) de cocaína, divididos em 15 (quinze) porções.

2. Esta Corte tem decidido, em casos semelhantes, que tais circunstâncias justificam uma redução de pena diversa do patamar máximo de 2/3 (dois terços).

3. Impende ressaltar que, estando devidamente fundamentada a opção pelo coeficiente de 1/2 (metade), não há como, na via estreita do writ, operar-se revolvimento nos elementos de prova.

(HC 178.160/MG, Sexta Turma, de minha relatoria, DJ e de 11.10.2010)

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. (...). CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. PLEITO DE INCIDÊNCIA DO REDUTOR EM SEU PATAMAR MÁXIMO. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE SOPESADA PARA AFASTAR A POSSIBILIDADE DA DIMINUIÇÃO DA PENA EM EM 2/3. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. MAIORES INCURSÕES QUE DEMANDARIAM REVOLVIMENTO DO CONJUNTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FÁTICO-COMPROBATÓRIO. ORDEM DENEGADA.

(...)

IV. O § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 apenas elenca os pressupostos exigidos do réu para obtenção de tal benesse, estipulando que a pena poderá ser reduzida de 1/6 a 2/3, sem contudo, deduzir os parâmetros a serem considerados quando da aplicação da minorante.

III. Compete ao Julgador, após a análise dos requisitos estipulados no art. 42 da Lei de Tóxicos, fixar quantum de redução de pena pertinente ao caso, levando em conta o montante de droga que restou apreendido em posse do agente.

IV. Tendo o Colegiado de origem considerado a quantidade de entorpecente apreendido ao reduzir a pena em 1/6 (um sexto), não há que se falar em arbitrariedade a ser sanada a via do writ.

V. Maiores incursões acerca da dosimetria da pena que demandariam a análise detida do conjunto fático-comprobatório, o que é vedado em sede de habeas corpus.

(HC 179.086/SP, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJe de 14.4.2011)

Da Suprema Corte, colho o seguinte julgado:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. (...). TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006). DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PENA REDUZIDA EM 1/3 (UM TERÇO) EM DECISÃO FUNDAMENTADA NA PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL DO PACIENTE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER NA DOSIMETRIA DA PENA. ORDEM DENEGADA.

1. O habeas corpus, ação autônoma de impugnação, não é admissível como substitutivo do recurso próprio, in casu, o RHC, tampouco para aferir a exatidão da dosimetria da pena.

2. A causa especial de diminuição de pena de que trata o § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 pode ser aplicada em apenas 1/3 (um terço), num intervalo de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), com fundamento na personalidade e conduta social do paciente, que é critério preponderante fixado na lei, revelando a justeza da sanção no caso concreto. Precedentes: HC 98.900, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 30/11/2010 e HC 94.559, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 04/11/2010).

3. In casu, o paciente foi condenado à pena-base no mínimo legal, aplicada a causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 em 1/3 (um terço), em razão do envolvimento anterior do paciente com entorpecentes e com pessoas que lidam com o comércio de drogas.

4. Deveras, eventual redimensionamento da pena com base na prova dos autos implicaria revolvimento do contexto fático-probatório, inviável em sede de writ.

(HC 100.800/RJ, Relator Ministro Luiz Fux, DJe de 13.9.2011)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No mais, cumpre salientar que, tanto a estipulação do regime inicial fechado - contida no § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072, que fora alterado pela Lei n.º 11.464/07 - quanto a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos - prevista no art. 44, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 - foram superadas pelo Pretório Excelso em decisões recentes. A esse respeito, confira-se o teor do Informativo n.º 569 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

A Turma, superando a restrição fundada no Enunciado 691 da Súmula do STF, concedeu habeas corpus a condenado pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33) para determinar que tribunal de justiça substitua a pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos ou, havendo reversão, que o início do cumprimento da pena privativa de liberdade se dê no regime aberto. Assentou-se que a quantidade de pena imposta - 3 anos -, não constando circunstâncias desfavoráveis ao paciente, que não registra antecedentes, permitiria não só que a pena tivesse início no regime aberto (CP, art. 33, § 2º, c), mas, também, a substituição por pena restritiva de direitos (CP, art. 44, § 2º, segunda parte). HC 101291/SP, Rel. Min. Eros Grau, 24.11.2009. (HC-101291)

O citado *writ* possui esta ementa:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO MAIS GRAVE DO QUE O PREVISTO EM LEI. DIREITO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EXCEÇÃO À SÚMULA 691.

Tráfico de entorpecentes. Fixação da pena. Circunstâncias judiciais favoráveis. Pena fixada em quantidade que permite a substituição da privação de liberdade por restrição de direitos ou o início do cumprimento da pena no regime aberto. Imposição, não obstante, de regime fechado. Constrangimento ilegal a ensejar exceção à Súmula 691/STF. Ordem concedida. (HC n.º 101.291/SP; Relator(a): Ministro Eros Grau; Julgamento: 24/11/2009; Segunda Turma; DJe-027 - 12-02-2010)

Diante disso, a Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o *quantum* de pena aplicado, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal (HC n.º 118.776/MG, da relatoria do Ministro Nilson Naves, julgado em 18.3.2010), bem como a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 1º de setembro de 2010, se pronunciou sobre a matéria, no HC n.º 97.256, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, prevalecendo, por 6 votos a 4, o entendimento aqui expendido, no sentido de ser inconstitucional o dispositivo da Lei n.º 11.343/2006 que veda a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Convém sublinhar que o Senado Federal, no exercício da atribuição que lhe foi conferida pelo art. 52, inciso X, da Magna Carta, editou, em 15.2.2012, a Resolução n.º 05/2012, suspendendo a execução de excerto da Lei n.º 11.343/06 referente à expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" - contida no § 4º, do art. 33, declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos supra mencionado HC n.º 97.256. Confira-se:

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 n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus n.º 97.256/RS.

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Registre-se, por oportuno, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, em sessão extraordinária realizada no dia 27.6.2012, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07. Confira-se:

"Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei n.º 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei n.º 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

§ 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, com a redação dada pela Lei n.º 11.464/07, o qual determina que *"a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado"*. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito **ex nunc**, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado." (HC n.º 111.840/ES; Relator(a): Ministro Dias Toffoli; Julgamento: 27/06/2012; Tribunal Pleno)

Assim, restaram superadas pela Suprema Corte a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes.

Na hipótese vertente, entretanto tenho que a imposição do regime mais gravoso e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos foi devidamente fundamentada, de modo que não há falar em constrangimento ilegal.

Verifica-se, *in casu*, que o Colegiado estadual manteve o regime inicial fechado e negou a substituição da pena, não só em razão da hediondez do delito, mas em razão da gravidade concreta do crime em testilha, destacando a grande quantidade e a natureza das substâncias entorpecentes apreendidas - aproximadamente 14 invólucros de *crack*, 3 invólucros de maconha e mais 10 pedras de *crack* (fl. 29) - substâncias causadoras de efeitos extremamente deletérios.

Com efeito, 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".

Nesse diapasão, o Tribunal de origem entendeu ser necessária uma resposta penal mais efetiva, como forma de retribuição proporcional à gravidade da conduta, porquanto a quantidade e a natureza lesiva das drogas demonstram que regime inicial mais brando ou a substituição da pena não seriam suficiente para a reprovação e a prevenção do delito em comento.

Assim, devidamente fundamentada a fixação do regime inicial fechado, bem como a negativa de substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos, com base em dados concretos constantes dos autos, não há ilegalidade a ser sanada. Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM ORIENTAÇÃO ADOTADA PELO PRETÓRIO EXCELSO. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FEDERAL. ART. 33 DO CP E 42 DA LEI N. 11.343/2006. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. REGIME FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Precedentes: HC 109.956/PR, Rel.

Min. Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012, e HC 104.045/RJ, Rel. Min.

Rosa Weber, DJe de 6.9.2012, dentre outros.

- O Superior Tribunal de Justiça, na esteira desse entendimento, 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 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: HC 221.200/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 19.9.2012.

- 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, apesar de a pena ter sido fixada em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, a gravidade concreta do delito, evidenciada pelas circunstâncias em que ocorreu (posse de variada e expressiva quantidade de entorpecentes 19 cápsulas de cocaína e 36 papérolas de maconha), justifica a imposição do regime inicial fechado, bem como inviabiliza a substituição da pena por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, III, do CP.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 240.443/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 19/03/2013, DJe 22/03/2013)

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 DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. IMPOSSIBILIDADE. REGIME FECHADO. VARIEDADE DE DROGAS. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Hipótese em que não há flagrante ilegalidade a ser reconhecida. O Tribunal de origem afastou a aplicação da causa especial de diminuição de pena em razão da quantidade e variedade das drogas apreendidas, o que não configura manifesto constrangimento ilegal, porquanto devidamente fundamentado o afastamento da benesse com fulcro no art. 42 da Lei n.º 11.343/06, que determina 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".

3. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. In casu, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

4. Devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado, em razão da variedade das substâncias entorpecentes apreendidas - 32 porções de maconha, 27 porções de cocaína, 16 porções de crack e 14 porções de lança-perfume - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 265.549/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 16/05/2013, DJe 27/05/2013)

Assim, tem-se que a impetração substitutiva não comporta a extraordinária cognição.

Ante o exposto, **não conheço** da impetração.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0195965-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 254.464 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10902010 376400920108260577

EM MESA

JULGADO: 26/11/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. RONALDO FRANCHE AMORIM (em substituição)

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: BRUNO LOPES DE OLIVEIRA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: AMELI DE FÁTIMA DOS SANTOS CARDOSO
PACIENTE	: MARCOS GIULIANO CONSTANTINO
CORRÉU	: GILMARA SANTOS DA CONCEIÇÃO

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

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, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães, Rogerio Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.