



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 356.073 - SP (2016/0123382-2)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RODRIGO FIGUEIREDO DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIZ ANTONIO CAETANO DE OLIVEIRA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. QUANTUM. FRAÇÃO DESPROPORCIONAL. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. REGIME PRISIONAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. CONDENAÇÃO DEFINITIVA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS SUBJETIVAS E OBJETIVAS FAVORÁVEIS. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO. CABIMENTO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. A quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas no tráfico ilícito de entorpecentes.

3. No caso, a natureza da droga apreendida – *crack* – constitui critério idôneo para impedir a aplicação do redutor em sua fração máxima, mas a sua diminuta quantidade – 2,36g – revela a necessidade de adequá-lo para a proporcional fração de 1/2, redimensionando-se a pena do paciente.

4. 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. 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.

6. Hipótese em que o paciente é primário, condenado a pena não superior a 4 anos de reclusão, com análise favorável das circunstâncias judiciais, razão pela qual faz jus ao regime inicial aberto, conforme art. 33, § 2º, alínea c, do CP, além da substituição por restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente, além de fixar o regime inicial aberto, confirmando a liminar anteriormente deferida, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de junho de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 356.073 - SP (2016/0123382-2)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RODRIGO FIGUEIREDO DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIZ ANTONIO CAETANO DE OLIVEIRA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de LUIZ ANTONIO CAETANO DE OLIVEIRA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0029456-25.2014.8.26.0577).

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 3 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, incidente a minorante do § 4º do mesmo artigo (e-STJ fls. 16/22).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi improvido (e-STJ fls. 23/37), em acórdão assim ementado:

Apelação Criminal Tráfico Ilícito de Entorpecentes.

PRELIMINAR NULIDADE - Ofensa ao art. 210, parágrafo único, do CPP Inocorrência - Incomunicabilidade das testemunhas, refere-se à inquirição em separado das testemunhas, não se permitindo que a sucessora assista ou ouça o depoimento da antecessora - Nulidade relativa - Não comprovado o prejuízo - PRELIMINAR REJEITADA.

Materialidade delitiva e autoria demonstradas - Prova Confissão extrajudicial do réu confirmada pelas declarações de policiais civis - Validade - Inexistência de motivos para incriminar o réu injustamente - Pela quantidade de substâncias entorpecentes apreendidas e a forma como estavam acondicionadas, aliado à maneira como se procedeu a prisão do acusado, em local conhecido como ponto de tráfico, tudo demonstra que a droga se destinava ao fornecimento para o consumo de terceiros.

Impossibilidade de desclassificação o delito previsto no art. 28, da Lei nº 11.343/06, uma vez que é cediço que muitos usuários praticam o tráfico para sustentar o próprio vício.

Penas corretamente fixadas - Pena-base no mínimo legal - Reconhecida causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 - Regime fechado.

PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO DESPROVIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 1/13), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 foi mantido em apenas 1/3, sendo que as circunstâncias judiciais favoráveis e a pouca quantidade de entorpecente – 2,36g de *crack* – justifica redução na fração máxima. Ademais, o regime inicial fechado e a negativa de substituição por restritiva de direitos basearam-se na hediondez do delito, fundamento que reputa inidôneo. Afirma que o paciente é primário, condenado a pena privativa de liberdade não superior a 4 anos, com análise favorável das circunstâncias judiciais, razão pela qual seria cabível o regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ao final, formula pedido liminar para que o paciente possa aguardar o julgamento deste *writ* no regime aberto e, no mérito, pede a concessão da ordem para que a pena seja reduzida, fixando-se o regime aberto, além da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi deferido "para assegurar ao paciente o direito de aguardar, no regime aberto, o julgamento do presente *habeas corpus*, salvo se por outro motivo estiver preso ou cumprindo pena em regime mais gravoso" (e-STJ fls. 42/45).

As informações foram prestadas às e-STJ fls. 62/65 e 67/81.

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls. 58/60, opinou pelo excepcional conhecimento do *writ* e pela concessão da ordem, conforme a seguinte ementa:

Processo penal. Habeas corpus. Acórdão de TJ, que improveu apelação da defesa em sede de condenação por tráfico de drogas. Pleito de revisão da pena, de substituição por restritivas de direitos e de modificação do regime prisional inicial.

1. A quantidade de droga apreendida, 2,36g de crack, não se mostra expressiva a ponto de gradar no mínimo legal a causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06. 2. Independentemente do quantum da pena, as instâncias a quo usaram da hediondez do crime e de vedações legais tidas por inconstitucionais pelo STF e pelo STJ para fixar o regime prisional inicial como sendo o fechado e para afastar a substituição da pena, o que é ilegal. 3. pelo excepcional conhecimento do writ e pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concessão da ordem, no sentido de ser em 2/3 o percentual de diminuição da pena decorrente do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 e, independentemente disso, ser modificado o regime prisional inicial para o aberto, substituída a pena privativa de liberdade por serviços comunitários e/ou por outras restritivas, a serem delineadas pelo juiz de 1º grau.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 356.073 - SP (2016/0123382-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

[...] Habeas corpus não conhecido. (HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...]. (STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, de início, 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.

Busca-se, na presente oportunidade, o reconhecimento de constrangimento ilegal na aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 em apenas 1/3, na fixação do regime inicial fechado e negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Quanto ao critério de aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006, prescreve o art. 42 do mesmo estatuto, "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".

Dessa forma, a consideração da natureza e quantidade da droga constitui critério idôneo para a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, na primeira fase da dosimetria da pena, ou para a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, quando for o caso.

No caso, a sentença condenatória fixou a pena-base no mínimo legal de 5 anos, sem alteração na segunda fase da dosimetria e, no tocante à minorante, reduziu a pena em 1/3 com base na seguinte fundamentação (e-STJ fls. 20/21):

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, o que demonstra que a repressão, no caso, deve ser mais intensa.

O Tribunal de origem, por sua vez, asseverou (e-STJ fls. 32/34):

Cumprir destacar que o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343 de 23/08/2006, não é um direito subjetivo do réu, tratando-se apenas de mera faculdade do juiz sentenciante.

Essa diferença, ou seja, entre direito subjetivo e mera faculdade do magistrado está no verbo "poderão". Isso significa que se tratasse de direito subjetivo o legislador penal, que não se utiliza de palavras vãs, teria escrito "deverá", que é um preceito determinativo e não a palavra "poderão", que demonstra claramente que se trata de mera liberalidade.

Assim sendo, na espécie ora em exame, a quantidade de entorpecentes também demonstra a personalidade distorcida do acusado que, nem sequer se preocupavam com o mal que iriam causar aos seus semelhantes, vendendo "crack".

Esse desgraçado vício da cocaína chegou em nosso país e, principalmente, nessa cidade de São Paulo, onde todo mundo sabe que existem logradouros públicos, que foram praticamente tomados por viciados.

É bom lembrar que o usuário de cocaína quando não tem dinheiro para adquirir a cocaína pura, que é em forma de pó, passa a se utilizar de uma forma inventada nos Estados Unidos, mais,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

precisamente na cidade de Nova York, no início dos anos 1970, denominada crack, aliás muito mais potente no sentido de fazer com que apenas com uma aspiração da fumaça tóxica (coloca-se a pedra em um pequeno cachimbo, conhecido como “marica”, geralmente de vidro, esquentando-se embaixo com uma chama de isqueiro ou fósforo, e a pessoa suga a fumaça que desprende da pedra de “crack”) já se torna dependente desta desgraça que foi inventada por indivíduos alheios a qualquer sentimento de piedade e que tinham somente interesse em ganhar dinheiro.

Ora, uma pessoa que transforma seu semelhante num morto vivo, ou seja, um verdadeiro zumbi, como os que se vê na mídia, principalmente televisiva (especialmente na minissérie denominada “Verdades Secretas”), indivíduos convivendo juntos na maior sujeira e promiscuidade, sendo que os locais onde essas pobres almas habitam, tem que ser constantemente lavado, com jatos de água e detergentes, pela Prefeitura Municipal, a fim de remover o fedor que exala do chão devido às secreções e excrementos que essas pessoas deixam naqueles locais.

Tudo o que disse acima, e que é do conhecimento de todos, acontece por apenas uma razão, devido à ação de pessoas destituídas de qualquer sentimento de amor ao próximo, como é o caso do traficante e, nesses autos, do acusado.

Com relação à conduta social do recorrente, não há qualquer dúvida que, com sua atividade de traficante, ele causou um mal irreparável à sociedade, uma vez que muitos adolescentes, provavelmente, foram por ele jogados no inferno de uma vida de usuário de drogas.

O direito, como é cediço, é uma ciência mutável, ou seja, ele tem que acompanhar a evolução humana, e se adaptar às suas necessidades que mudam a cada época do desenvolvimento da sociedade.

Assim sendo, como uma das finalidades da pena é intimidar um possível criminoso, é mais do que óbvio que um crime como o tráfico de drogas, que, sem falar nos males causados à pessoa humana, abre as portas para inúmeros outros delitos, como furtos, roubos, homicídios, prostituição etc.; não pode receber um tratamento menos gravoso do que um delito de menor potencial ofensivo.

Assim, ante o terrível mal que o réu causava à sociedade antes de ser preso, no meu entendimento, não seria sequer caso de concessão do redutor previsto no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/2006. Porém, como não houve recurso da acusação, nada há a ser feito neste sentido, estando de bom tamanho a redução no patamar mínimo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, na espécie, a natureza da droga apreendida – *crack* – constitui critério idôneo para impedir a aplicação do redutor em sua fração máxima, mas a pequena quantidade – 2,36g – revela a desproporcionalidade da diminuição em apenas 1/3, razão pela qual a dosimetria da pena comporta parcial reparo, sendo que, no caso, entendendo proporcional e adequado aplicar a fração de redução em 1/2 na terceira fase da dosimetria.

Em hipótese análoga, decidiu esta Corte:

[...] 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 criminoso.

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).

[...]

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 (HC 326.301/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 11/5/2016).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, mantidos os critérios utilizados pelas instâncias ordinárias na primeira e segunda fase da dosimetria, com pena provisória de 5 anos de reclusão, reduzo a pena em 1/2, razão pela qual a torno definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão.

No que toca ao regime prisional, como cediço, em se tratando de tráfico de entorpecentes, desde o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n. 111.840/ES, inexistente a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, do Código Penal.

Outrossim, a Corte Suprema, em 1º/9/2010, no julgamento do HC 97.256/RS, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, na parte relativa à proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes.

Esse entendimento também é adotado por ambas as Turmas da Terceira Seção desta Corte, conforme segue:

CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (LEI N. 11.343/2006, ART. 33). APREENSÃO DE 4,37G DE COCAÍNA E 2,54G DE CRACK. PENA FIXADA EM 1 (UM) ANO E 8 (OITO) MESES DE RECLUSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DE IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO (STF, HC N. 111.840). ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

02. Para o Supremo Tribunal Federal, "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" (HC n. 111.840/ES, Rel. Ministro Dias Toffoli). À luz dessas premissas, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (HC n. 97.256/RS, Rel. Ministro Ayres Brito) e do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (HC n. 111.840/ES, Rel. Ministro Dias Toffoli).

Consequentemente, se satisfeitos os pressupostos legais, aos réus



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenados por crime de tráfico de drogas não podem ser negados o regime prisional aberto ou semiaberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (HC n. 306.980/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 18/11/2014; HC 297.688/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 11/11/2014).

03. No crime de tráfico de drogas, sendo o réu primário e a pena privativa de liberdade aplicada inferior a 4 (quatro) anos, pode cumpri-la em regime aberto ou tê-la substituída por restritiva de direito, desde que as circunstâncias judiciais lhe sejam favoráveis e insignificante a quantidade de drogas apreendidas [4,34g de cocaína e 2,4g de crack] (Lei n. 11.343/2006, art. 42; STJ, AgRg no AREsp 202.564/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 10/02/2015; AgRg no REsp 1.462.967/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 05/02/2015; HC 294.400/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 28/04/2015; AgRg no AREsp 601.000/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 25/11/2014).

04. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para: a) estabelecer o regime aberto para cumprimento inicial da pena; b) substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, observadas as condições que deverão ser estabelecidas pelo Juízo da execução. (HC 321.664/SP, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO, Quinta Turma, DJe 3/8/2015).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, INCISO VI, DA LEI N.º 11.343/06. AFASTAMENTO. ASPECTOS OBJETIVOS. CONSIDERAÇÕES OUTRAS. INCURSÃO NA SEARA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

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 restritivas de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

4. 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. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos e 10 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido. (HC 322.546/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 3/8/2015).

No caso, segue a fundamentação constante da sentença condenatória para fixar o regime prisional fechado e negar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (e-STJ fl. 21):

Não faz o réu 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.

Em sede de apelação, consignou o Tribunal local (e-STJ fls. 34/36):

Foi fixado o regime inicial fechado, com fundamento no art. 33, § 3º, do CP e art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com a nova redação que lhe foi dada.

Para fixação do regime inicial de cumprimento da reprimenda, não se pode deixar de lado que o regime prisional tem como objetivo reeducar o indivíduo insubordinado à lei e proteger a sociedade, que não pode ficar à mercê do infrator.

O art. 33, § 2º, alínea “a”, do Código Penal dispõe que o condenado deverá, desde o princípio, cumprir a pena em regime inicial fechado, quando a pena for superior a 8 anos.

Porém, tal dispositivo deve contar também com a observância do seu § 3º, que dispõe: “A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código”, o que justifica a fixação do regime inicial fechado no presente caso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O crime de tráfico ilícito de entorpecentes é de natureza muito grave e causa repulsa da sociedade. É equiparado a hediondo. Portanto, deve ser reprimido com severidade. O regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal.

Esta Colenda Câmara já assentou o entendimento que o crime de tráfico ilícito de entorpecentes merece maior reprovabilidade em razão de sua gravidade e pelas consequências nefastas que sua prática tem na sociedade.

Desta forma, tendo em vista a gravidade do delito praticado pelo réu, além da quantidade apreendida de entorpecentes, suficiente para viciar várias pessoas, justificada a fixação do regime inicial fechado.

Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto não atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

Dessa forma, constata-se que os fundamentos utilizados pelo Juízo sentenciante para fixar o regime prisional fechado e negar a substituição são inidôneos, pois baseados na hediondez do delito.

E, em que pese a consideração da natureza da droga pelo Tribunal *a quo*, a apreensão de 2,36g de *crack* não justifica a fixação de regime prisional mais gravoso.

Portanto, tratando-se de réu primário, condenado a pena privativa de liberdade não superior a 4 anos de reclusão, com a análise favorável das circunstâncias judiciais, além da diminuta quantidade de droga – 2,36g de *crack* –, o paciente faz jus ao regime aberto, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º, c, e 3º, do Código Penal.

Por fim, afastada a hediondez do crime como critério para obstar a substituição da pena e a reduzida quantidade de entorpecente apreendido, entendo presentes os pressupostos previstos no art. 44 do Código Penal, razão pela qual é cabível a conversão da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

Ante o exposto, com base no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno do STJ, **não conheço** do *habeas corpus*, mas **concedo a ordem**, de ofício, para redimensionar a pena do paciente para 2 anos e 6 meses de reclusão, além de fixar o regime inicial aberto, confirmando a liminar anteriormente deferida, bem como substituir a pena privativa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0123382-2

HC 356.073 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00294562520148260577 12132014 20160000091553 294562520148260577

EM MESA

JULGADO: 07/06/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: RODRIGO FIGUEIREDO DE OLIVEIRA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: LUIZ ANTONIO CAETANO DE OLIVEIRA (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 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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.