



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 276.369 - SP (2013/0289201-1)

RELATOR : **MINISTRO MOURA RIBEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FABRÍCIO JAMERSON FARIA DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO PELA APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI DE TÓXICOS EM GRAU MÁXIMO. PENA DENTRO DA RAZOABILIDADE. REGIME INICIAL MAIS BRANDO. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. DESCABIMENTO

1. O Supremo Tribunal Federal tem assentado o entendimento de que quando presentes os requisitos para a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, dispõe o magistrado de plena liberdade para fixar o quantum adequado, sopesando as peculiaridades do caso concreto, de modo que, conclusão diversa demandaria incursão no acervo fático e probatório dos autos, inviável na via do habeas corpus.

2. As Turmas criminais do Superior Tribunal de Justiça entendem que o julgador, ao reconhecer que o réu faz jus à causa especial de diminuição da pena, deve aplicá-la dentro dos graus balizadores estipulados no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, levando em consideração os elementos concretos coligidos aos autos, com preponderância a natureza, a diversidade e a quantidade dos entorpecentes apreendidos (art. 42 da Lei nº 11.343/06).

3. Afastado o óbice trazido pelo art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, em razão da declaração incidental de inconstitucionalidade deste dispositivo, realizada pela E. Suprema Corte, não há que se falar em impedimento à concessão de regime inicial diverso do fechado para o delito em tela, de modo que, em razão disto, cabe ao juízo de piso sopesar as demais exigências legais para o estabelecimento do adequado regime de cumprimento da pena.

4. Não há como reconhecer o pleito quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois os limites da pena imposta impedem a concessão pelo não alcance do requisito objetivo.

5. Ordem concedida, de ofício apenas para que a Corte estadual, excluídas as regras que estipulavam o regime fechado para o início do cumprimento da pena pelo crime de tráfico de entorpecentes, fixe o regime que entender adequado,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

observando as exigências previstas nos dispositivos respectivos do Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em conceder a ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Regina Helena Costa, Laurita Vaz, Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 07 de novembro de 2013(Data do Julgamento)

MINISTRO MOURA RIBEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 276.369 - SP (2013/0289201-1)

RELATOR : **MINISTRO MOURA RIBEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FABRÍCIO JAMERSON FARIA DA SILVA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MOURA RIBEIRO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial impetrado em favor de FABRÍCIO JAMERSON FARIA DA SILVA contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que reformou a sentença condenatória, fixando a pena em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses e 13 (treze) dias de reclusão, além do pagamento de 388 (trezentos e oitenta e oito) dias-multa pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Sustenta o impetrante que o Tribunal de origem deixou de aplicar, em grau máximo, a minorante prevista no art. 33, § 4º da Lei de Antidrogas, arrimando-se na quantidade e na diversidade de entorpecentes apreendidos, muito embora o paciente preencha os requisitos exigidos pela lei para a aplicação da fração redutora prevista no citado dispositivo. Alega, ainda, que a condenação por crime comparado a hediondo não impede análise do regime prisional mais adequado e que o paciente preenche integralmente todos os requisitos para o cumprimento de pena em regime diverso do fechado, além de fazer jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Por isso, vem postular a concessão da ordem para que seja aplicada a fração redutora em seu patamar máximo, fixado regime mais brando e que seja autorizada a citada substituição.

O Exmo. Sr. Ministro CAMPOS MARQUES, Desembargador convocado do TJ/PR, então relator, indeferiu a liminar. (fl. 35/36).

Informações prestadas. (fls. 45/67).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 71/75).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 276.369 - SP (2013/0289201-1)

RELATOR : **MINISTRO MOURA RIBEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FABRÍCIO JAMERSON FARIA DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO PELA APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI DE TÓXICOS EM GRAU MÁXIMO. PENA DENTRO DA RAZOABILIDADE. REGIME INICIAL MAIS BRANDO. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. DESCABIMENTO

1. O Supremo Tribunal Federal tem assentado o entendimento de que quando presentes os requisitos para a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, dispõe o magistrado de plena liberdade para fixar o quantum adequado, sopesando as peculiaridades do caso concreto, de modo que, conclusão diversa demandaria incursão no acervo fático e probatório dos autos, inviável na via do habeas corpus.

2. As Turmas criminais do Superior Tribunal de Justiça entendem que o julgador, ao reconhecer que o réu faz jus à causa especial de diminuição da pena, deve aplicá-la dentro dos graus balizadores estipulados no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, levando em consideração os elementos concretos coligidos aos autos, com preponderância a natureza, a diversidade e a quantidade dos entorpecentes apreendidos (art. 42 da Lei nº 11.343/06).

3. Afastado o óbice trazido pelo art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, em razão da declaração incidental de inconstitucionalidade deste dispositivo, realizada pela E. Suprema Corte, não há que se falar em impedimento à concessão de regime inicial diverso do fechado para o delito em tela, de modo que, em razão disto, cabe ao juízo de piso sopesar as demais exigências legais para o estabelecimento do adequado regime de cumprimento da pena.

4. Não há como reconhecer o pleito quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois os limites da pena imposta impedem a concessão pelo não alcance do requisito objetivo.

5. Ordem concedida, de ofício apenas para que a Corte estadual, excluídas as regras que estipulavam o regime fechado para o início do cumprimento da pena pelo crime de tráfico de entorpecentes, fixe o regime que entender adequado,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

observando as exigências previstas nos dispositivos respectivos do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 276.369 - SP (2013/0289201-1)

RELATOR : **MINISTRO MOURA RIBEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FABRÍCIO JAMERSON FARIA DA SILVA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MOURA RIBEIRO (Relator):

O Supremo Tribunal Federal tem assentado o entendimento de que quando presentes os requisitos para a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, dispõe o magistrado de plena liberdade para fixar o *quantum* adequado, sopesando as peculiaridades do caso concreto, de modo que, conclusão diversa demandaria incursão no acervo fático e probatório dos autos, inviável na via do *habeas corpus*,

Esta é a posição adotada por esta Corte, como se observa no seguinte precedente:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA.PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE. 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 1/6 (UM SEXTO). SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. REQUISITO OBJETIVO NÃO PREENCHIDO. PLEITO DE FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL ABERTO. CONCESSÃO, PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. PERDA DO INTERESSE PROCESSUAL. PREJUDICIALIDADE. ORDEM DE HABEAS CORPUS PREJUDICADA, EM PARTE E, NO MAIS, DENEGADA.

(...)

3. 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 pena pela causa de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

4. Na espécie, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diversidade e a natureza das substâncias entorpecentes apreendidas justificam a fixação da pena-base acima do mínimo legal, bem como a não aplicação do redutor no grau máximo (2/3).

5. 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.

(...)

9. Ordem de Habeas corpus parcialmente prejudicada e, no mais, denegada.

(HC 223569/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJe 25/04/2013)

Nesse sentido, cito ainda: AgRg no REsp 1252746/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Quinta Turma, DJe 01/08/2013; e, HC 209.270/SP, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES, Desembargador convocado do TJ/PR, Quinta Turma, DJe 17/12/2012.

Na hipótese dos autos, o acórdão recorrido não aplicou no máximo a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, pois, mesmo levando em conta a presença de condições judiciais favoráveis do paciente, sopesou a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida (34 unidades de cocaína, totalizando 124 g da substância e 31 porções de maconha, totalizando 65 g) , que justificam a não aplicação da fração redutora em seu patamar mais elevado, conforme se extrai do trecho a seguir:

"Presentes os requisitos do § 4º, do artigo 33, da lei especial, havia mesmo que se aplicar a benesse ao indigitado.

Todavia, à vista da expressiva quantidade de drogas apreendida e sua diversidade, em atendimento aos preceitos do artigo 42 da lei especial, alinhado às diretrizes do artigo 59 do Estatuto Repressivo, mais consentânea a redução das penas em 1/3, tornadas definitivas em 04 anos, 06 meses e 13 dias de reclusão e 388 dias-multa". (fl. 21)

Noutro aspecto, no que diz respeito à fixação do regime inicial assim



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

justificou o magistrado no trecho a seguir:

"A fixação do regime inicial fechado se impõe, em vista de tratar-se o tráfico de delito assemelhado aos hediondos, cuja natureza desagregadora e fomento à criminalidade são demasiado conhecidos, mostrou-se adequada, decorrendo de expressa previsão legal sem vício de qualquer ordem, nem mesmo constitucional;". (fls. 21 e 22)

No entanto, o plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27.6.2012, julgando o *Habeas Corpus* 111.840/ES, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei 11.464/2007. Desse modo, a identificação do regime inicial mais adequado deve ser pautada pelas circunstâncias do caso concreto, tomando-se por base os critérios legais dispostos nos §§ 2º e 3º do art. 33 do Código Penal e ainda do art. 42 da Lei de Tóxicos. Neste sentido o seguinte julgado: AgRg no HC 257.971/SC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Quinta Turma, DJe 11/03/2013.

Como a sanção definitiva foi fixada em 4 (anos) anos e 6 (seis) meses de e 13 dias de reclusão, e afastado o óbice que impedia o cumprimento em regime menos gravoso, cabe ao magistrado singular avaliar as circunstâncias necessárias ao estabelecimento do adequado regime inicial para o cumprimento da pena, levando em conta as regras insculpidas no art. 33 do Código Penal, bem como as circunstâncias concretas do caso..

Por outro lado, não há como reconhecer o pleito quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois os limites da pena aplicada impedem a concessão deste benefício pelo não alcance do requisito objetivo, conforme o art. 44, I, do Código Penal.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXASPERAÇÃO CONCRETAMENTE FUNDAMENTADA. PREMEDITAÇÃO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA (3,970kg DE COCAÍNA). CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. AGENTE QUE INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE. CONCLUSÃO EM SENTIDO CONTRÁRIO. SÚMULA 7/STJ. PENA ABAIXO DE 8 (OITO)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO RECLUSIVA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO.
(...)

7. A imposição de pena superior a 4 (quatro) anos inviabiliza a substituição da sanção reclusiva por restritivas de direitos, pela ausência do requisito objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal.

8. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 235.526/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Quinta Turma, DJe 03/09/2013)

Cito, ainda: HC198.191/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Quinta Turma, DJe 18/02/2013; HC 253.721/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJe 26/08/2013; e, AgRg no HC 192.574/ES, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD, Desembargadora convocada do TJ/SE, Quinta Turma, DJe 01/08/2013.

Embora a jurisprudência desta Corte venha reiterando o entendimento de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substitutivo do recurso cabível, este entendimento deve ser mitigado, uma vez que há flagrante ilegalidade no acórdão recorrido, especificamente no que se refere ao regime prisional, suficiente para ensejar a concessão parcial da ordem, de ofício.

Nestas condições **concedo, parcialmente a ordem, de ofício**, para, mantida a condenação e afastada a regra prevista no art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, determinar que o juízo da execução, baseado nos dispositivos pertinentes à espécie, estabeleça o adequado regime da pena .

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0289201-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 276.369 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00191910820118260564 191910820118260564 5640120110191918 8202011

EM MESA

JULGADO: 07/11/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MOURA RIBEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: FABRÍCIO JAMERSON FARIA DA SILVA

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, concedeu a ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Regina Helena Costa, Laurita Vaz, Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.