



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 223.381 - SP (2011/0259760-0)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : ADEMIR ANTONIO CASTANHEIRA JÚNIOR
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VITOR DOS SANTOS TOMAZ

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE USO PRÓPRIO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 NO GRAU MÁXIMO. VARIADA E EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA. REDUÇÃO EM 1/6. RAZOABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MEDIDA INSUFICIENTE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM NÃO CONHECIDA.

– O Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012, e HC 104.045/RJ, Rel. Ministra Rosa Weber, DJe de 6.9.2012, dentre outros.

– Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira de tal 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. Ministra Laurita Vaz, DJe de 19.9.2012.

– O *habeas corpus* não é o meio adequado para o reexame aprofundado do conjunto probatório dos autos, a fim de acolher o pedido de desclassificação da conduta atribuída ao paciente para o delito de porte de entorpecente para uso próprio. Precedentes.

– A incidência da causa especial de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 em um sexto, mostra-se razoável diante da gravidade dos fatos, evidenciada na variada e expressiva quantidade de droga apreendida (9 papérolas de maconha e 59 porções de cocaína). Desse modo, ausente manifesta ilegalidade na decisão recorrida, o *habeas corpus* não é a via adequada para desconstituir matéria de fato decidida pelas instâncias ordinárias. Precedentes.

– Pelas mesmas razões acima expostas, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, se mostra insuficiente e inadequada para os fins de reprovação e prevenção do delito, conforme se exige o inciso III, do art. 44, do CP.

Habeas corpus não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília, 09 de abril de 2013(data do julgamento).

MINISTRA MARILZA MAYNARD
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 223.381 - SP (2011/0259760-0)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : ADEMIR ANTONIO CASTANHEIRA JÚNIOR
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VITOR DOS SANTOS TOMAZ

RELATÓRIO

**A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE):**

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em benefício de VITOR DOS SANTOS TOMAZ, contra v. acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na apelação criminal n. 0001689-19.2009.

Extrai-se dos autos que o paciente, denunciado como incurso no art. 33, *caput*, e § 1º, II, da Lei n. 11.343/2006, teve sua conduta desclassificada para o delito de porte de entorpecente para uso próprio, determinando-se a distribuição do feito ao Juizados Especial Criminal, com as cautelas de praxe.

Inconformada, a acusação recorreu. O Tribunal de origem deu provimento ao apelo ministerial para condenar o paciente como incurso no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime fechado.

Sustenta o impetrante inexistir indícios suficiente de autoria na prática do crime de tráfico ilícito de drogas. Requer, assim, o restabelecimento da decisão de primeiro grau que desclassificou a conduta do paciente para o crime de porte de droga para uso próprio. Subsidiariamente, pleiteia pela aplicação da minorante prevista na Lei de Drogas em seu grau máximo, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Liminar indeferida.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 223.381 - SP (2011/0259760-0)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE) (Relatora):

De início, saliento que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, visando combater o excessivo alargamento da admissibilidade da ação constitucional do *habeas corpus* pelos Tribunais, passou a adotar orientação no sentido de não mais admiti-lo quando substitutivo de recurso ordinário. Confira-se:

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 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012).

Em seqüência, no julgamento do HC 104.045/RJ, na sessão do dia 28.8.2012, da relatoria da Exma. Ministra Rosa Weber, a aludida Turma julgadora foi além entendendo não mais ser cabível *habeas corpus* "como substitutivo de recurso no processo penal". Por oportuno, transcrevo os seguintes excertos do julgado, *in verbis*:

A preservação da racionalidade do sistema processual e recursal, bem como a necessidade de atacar a sobrecarga dos Tribunais recursais e superiores, desta forma reduzindo a morosidade processual e assegurando uma melhor prestação jurisdicional e a razoável duração do processo, aconselham seja retomada a função constitucional do habeas corpus, sem o seu emprego como substitutivo de recurso no processo penal.

Sobre os feitos já ajuizados destacou, *litteris*:

Como a não admissão do habeas corpus como substitutivo do recurso ordinário constitucional representa guinada da jurisprudência desta Corte, entendo que, quanto os habeas corpus já impetrados, impõem-se o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exame da questão de fundo, uma vez que possível o concessão de habeas corpus de ofício diante de flagrante ilegalidade ou arbitrariedade.

A ementa do aresto restou assim sintetizada:

EMENTA HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. HISTÓRICO. VULGARIZAÇÃO E DESVIRTUAMENTO. SEQUESTRO. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE.

1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser 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 ao preceito constitucional. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte.

2. A dosimetria da pena submete-se a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete precipuamente o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção apenas de eventuais discrepâncias gritantes e arbitrárias nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores.

3. Assim como a concorrência de vetoriais negativas do art. 59 do Código Penal autoriza pena base bem acima da mínima legal, a existência de uma única, desde que de especial gravidade, também autoriza a exasperação da pena, a despeito de neutras as demais vetoriais.

4. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está condicionada somente ao quantum da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, conforme remissão do art. 33, §3º, do mesmo diploma legal. Precedentes

5. Não se presta o habeas corpus, enquanto não permite ampla avaliação e valoração das provas, ao reexame do conjunto fático-probatório determinante da fixação das penas.

6. Habeas corpus rejeitado (HC 104.045/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 6.9.2012).

Este Superior Tribunal de Justiça, adotando a nova orientação da Suprema Corte, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O STF. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o habeas corpus substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Primeira Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/08/2012, publicado no DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 28/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012; HC 108181/RS, Primeira Turma, Relator Min. LUIZ FUX, julgado em 21/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, 'no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.'

3. Hipótese em que o Paciente teve a prisão preventiva decretada a fim de assegurar a execução de medida protetiva de urgência, porque, 'usuário de drogas, já se envolveu em outras situações de violência doméstica contra a mulher, estando, inclusive, respondendo por tentativa de homicídio de [sua esposa], de onde se infere que a sua custódia é necessária para a garantia da ordem pública e, sobretudo, da segurança da ofendida'.

4. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 221.200/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 19.9.2012).

Assim, deixo de conhecer o presente *writ* por se cuidar de substitutivo de recurso próprio.

Todavia, considerando que a impetração foi ajuizada antes da mudança de entendimento quanto à inadequação do uso do *habeas corpus* como sucedâneo recursal, passo à análise das alegações deduzidas na inicial ante a possibilidade de flagrante constrangimento que justifique a concessão da ordem de ofício por esta Corte.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Primeiro, esclareço que, conforme pacífica jurisprudência deste Tribunal Superior, o *habeas corpus* não é o meio adequado para o revolvimento do conteúdo fático-probatório dos autos, a fim de acolher o pedido de desclassificação da conduta criminosa atribuída ao paciente para o delito de posse de entorpecente para uso próprio.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. ANÁLISE DE MATÉRIA NÃO DEBATIDA NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VEDAÇÃO NA VIA ELEITA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. REVOGAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. SUPERVENIÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. PERDA DE OBJETO.

[...]

2. A análise da matéria referente à desclassificação da conduta, para o delito tipificado no art. 28 da Lei 11.363/06, demandaria exame aprofundado do arcabouço fático-probatório constante dos autos, inviável na via eleita.

3. O pleito para que o paciente recorra em liberdade resta prejudicado, porquanto ocorreu o trânsito em julgado da condenação.

4. *Habeas corpus* não conhecido, por ser substitutivo do recurso cabível (HC 222.893/SP, Rel. Ministro Campos Marques – Desembargador convocado do TJ/PR, Quinta Turma, DJe 9/11/2012).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO DO PACIENTE OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA DELITO DE USO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVA. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS. DESCABIMENTO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL FECHADO. LEGALIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE MANTIDA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 59 E 33, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDO E DENEGADO.

1. O Paciente foi condenado à pena de 07 anos de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/06 após ser preso em flagrante, no dia 21 de dezembro de 2010, na posse de 0,4 g de crack e 3,0 g de cocaína e 2,0 g de maconha, para fins de difusão ilícita.

2. Acolher a tese de que o condenado é inocente ou mero usuário de drogas, para absolvê-lo ou diminuir sua reprimenda, demanda aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, incabível na via do *habeas corpus*, mormente quando as instâncias ordinárias afastaram esse argumento com fundamentação coerente.

[...]

7. Ordem de *habeas corpus* parcialmente conhecida e denegada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 250.877/RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 2/10/2012).

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO. [...] PORTE DA DROGA PARA USO PESSOAL. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA. INVIABILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é pacífica em relação à impossibilidade de realização, através da restrita via eleita, da desclassificação do delito de tráfico de drogas para o de porte para consumo pessoal, se, como na hipótese vertente, existem elementos probatórios mínimos indicativos da prática do ilícito descrito na exordial acusatória, dada a impossibilidade de se proceder à análise do parâmetro probatório, em indevida substituição à instância ordinária, soberana no conhecimento dos fatos e no julgamento.

2. Habeas corpus não conhecido (HC 248.652/MT, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 3.10.2012).

Quanto à incidência da minorante prevista na Lei de Drogas em seu grau máximo, mais uma vez não assiste razão ao impetrante.

Na individualização da sanção penal, o julgador detém o poder discricionário de fixar o *quantum* da reprimenda ao condenado, dentro dos parâmetros estabelecidos abstratamente pelo legislador, sempre pautado pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Apenas em hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, o Superior Tribunal de Justiça tem admitido reapreciar a pena que se mostre, inequivocamente, ofensiva aos critérios previstos nos arts. 59 e 68 do Código Penal.

No caso, observa-se que a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 foi aplicada em patamar diverso do grau máximo, levando-se em conta as circunstâncias especialmente graves do delito, notadamente na variada e expressiva quantidade de droga encontrada com o paciente.

Vejamos, por oportuno, o trecho da decisão recorrida:

"A apreensão da droga é questão incontroversa, visto que foi surpreendido na posse dos entorpecentes era local conhecido como ponto de tráfico. O laudo pericial foi positivo para 43,8g de maconha e 38,8g de cocaína, além de um pé de maconha, e, pelas circunstâncias e condições ocorridas, notadamente pelo local em que ocorreram os fatos e pela quantidade e diversidade da droga, não resta dúvida alguma que era destinada ao comércio.

Dessa forma, fixo a pena-base no mínimo legal, que, reduzida de um sexto pela incidência da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Lei nº 11.343/06, resulta em quatro anos e dois meses de reclusão, mais quatrocentos e dezesseis dias-multa, unitário mínimo. Justifico que apliquei a redução mínima, decorrente do disposto no mencionado § 4º, em razão da quantidade e diversidade da droga apreendida, bem assim o local em que tudo ocorreu conhecido como ponto de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes" (fl. 195).

Assim, diante das peculiaridades da causa, a redução da reprimenda no patamar de um sexto, se mostra razoável, impedindo qualquer reparo na individualização da sanção penal. Até porque, o *habeas corpus* não admite o reexame aprofundado dos fatos para desconstituir a decisão das instâncias ordinárias.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS JUDICIAIS E A EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. MINORANTE DO § 4.º DO ART. 33 DA LEI DE TÓXICOS APLICADA NO PATAMAR DE 1/6. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. REGIME PRISIONAL FECHADO. LEGALIDADE. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 59 E 33, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. A Paciente foi condenada como incurso no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, à pena de 04 anos e 07 meses de reclusão, em regime inicial fechado, por transportar 700 g de crack em transporte coletivo.

2. O Tribunal de Justiça a quo considerou que as circunstâncias do crime e a quantidade e qualidade da substância entorpecente apreendida trouxeram maior reprovabilidade à conduta da agente. E 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 aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Drogas.

3. A aplicação da minorante no patamar mínimo foi, no caso, justificada na quantidade, variedade e natureza da droga. Assim, não havendo ilegalidade patente na fixação do quantum a ser reduzido pela minorante, 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. Precedentes.

(...)

(HC 221.341/MS, 5ª Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe 6/3/2013).

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. DIMINUIÇÃO DE 1/6 (UM SEXTO). NATUREZA, DIVERSIDADE E QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES CAPTURADOS. MITIGAÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

2. **Não há ilegalidade na aplicação do patamar de 1/6 (um sexto), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, tendo em vista a diversidade e a quantidade das drogas apreendidas - aproximadamente 1,8 kg (um quilo e oitocentos gramas) de maconha, 742 porções de crack e cerca de 100 gramas de cocaína - bem como a natureza mais nociva das duas últimas substâncias mencionadas (cocaína e crack).**

(...)

2. Habeas corpus não conhecido.

(HC 242.194/SP, 5ª Turma, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe 14/12/2012).

Por fim, suspensa a execução da norma legal que vedava à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados por crime de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes (art. 33, § 4º, Lei n. 11.343/2006), mediante resolução do Senado Federal, não há qualquer óbice legal a concessão da permuta aos condenados pelo crime de tráfico de drogas quando preenchidos os requisitos legais.

Ocorre que, na espécie, a gravidade concreta do delito, revelada na posse de expressiva e variada quantidade de entorpecente **(9 papelotes de maconha e 59 porções de cocaína)**, impede o deferimento do pedido, por não se mostrar suficiente a medida para os fins de reprovação e prevenção do delito, conforme se exige o inciso III, do art. 44, do CP.

A propósito colaciono os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. 1. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. NÃO CABIMENTO. RAZOÁVEL QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (500 g DE PASTA BASE DE COCAÍNA). 2. RECURSO IMPROVIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. O Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do HC n.º 97.256/RS, admitiu a possibilidade de substituição, como também de regime de cumprimento de pena mais brando que o fechado, observadas a proporcionalidade e a razoabilidade na aplicação do princípio da individualização da pena, medida que seria compatível com a benesse concedida.

2. **No caso em apreço, consoante preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, ainda que a pena tenha sido fixada em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 9 (nove) dias de reclusão, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos e a fixação do regime prisional mais brando não se mostram adequadas, haja vista a natureza e a quantidade de droga apreendida em poder do paciente (500g de pasta-base de cocaína). Precedentes do STJ.**

3. **Agravo regimental a que se nega provimento.**

(AgRg no HC 243.539/MT, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 15/10/2012).

AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL PENAL E PENAL. LEI DE DROGAS. TESE DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. INVIABILIDADE DO EXAME NA VIA DO ESPECIAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 07/STJ. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. FIXAÇÃO DO GRAU DE DIMINUIÇÃO. JUÍZO DISCRICIONÁRIO DO JULGADOR. LIMITES. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL, COM PREPONDERÂNCIA DA NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA, PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL DO AGENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. DESCABIMENTO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. REGIME INICIAL FECHADO. DESCABIMENTO. CRIME PRATICADO APÓS A EDIÇÃO DA LEI N.º 11.464/2007. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELA SUPREMA CORTE. OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 33 DO CÓDIGO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.

(...)

2. A definição do percentual da causa de redução da pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, integra o juízo de discricionariedade do julgador, que encontra suas balizas nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal e, com preponderância, na natureza e quantidade de droga apreendida, personalidade e conduta social do agente. Precedentes.

3. **É cabível o afastamento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a despeito de o Acusado ter sido condenado definitivamente à pena inferior a 4 anos de reclusão, com alicerce no exame das circunstâncias judiciais e na quantidade e qualidade das drogas apreendidas em seu poder, pois esses parâmetros podem evidenciar que a substituição pretendida não se mostrará suficiente para a prevenção e repressão do delito perpetrado, a teor do disposto no art. 44, III, do Código Penal. Precedentes.**

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. *Nesses termos, tendo sido mantido o regime prisional inicial fechado com base apenas no art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 11.464/2007, tem o Acusado direito ao regime aberto de cumprimento da pena, já que condenado à pena de 02 (dois) e 06 (seis) meses de reclusão e consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais, a teor do art. 33, § 2.º, alínea c, do Código Penal.*

6. *Agravo regimental parcialmente provido para fixar o regime prisional aberto, nos termos do art. 33, § 2.º, alínea c, do Código Penal.*

(AgRg no AREsp 162.280/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 26/09/2012).

Diante do exposto, não conheço do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0259760-0

HC 223.381 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 16891920098260114 572009

EM MESA

JULGADO: 09/04/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)**

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 : ADEMIR ANTONIO CASTANHEIRA JÚNIOR
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VITOR DOS SANTOS TOMAZ

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."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.