



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 308.491 - SP (2014/0288383-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RAFAEL PITANGA GUEDES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THAILINE DIAS JANUÁRIO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTOS VÁLIDOS PARA A MODULAÇÃO DO ÍNDICE DE REDUÇÃO. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. ÓBICE CONTIDO NO ART. 44 DA LEI N. 11.343/2006. FUNDAMENTOS INVÁLIDOS. DISPOSITIVOS DECLARADOS INCONSTITUCIONAIS PELO STF. FLAGRANTE ILEGALIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem de ofício.

2. Segundo reiterada jurisprudência dos Tribunais Superiores, a quantidade e a natureza da droga apreendida podem ser sopesadas na definição do índice de redução da pena pela incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 ou, até mesmo, para impedir a aplicação da referida minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. Precedentes.

3. No caso, a instância antecedente, dentro do critério de discricionariedade vinculada do julgador na individualização da pena, estabeleceu o patamar de redução em 1/3, com fundamento na variedade e na expressiva quantidade de droga apreendida (86,3g de maconha e 99,3g de cocaína), o que não se mostra desproporcional.

4. É manifestamente ilegal a imposição do regime prisional mais severo com base, exclusivamente, no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, ante a declaração de inconstitucionalidade do referido dispositivo pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

5. A Suprema Corte, na análise do HC 97.256/RS, também reconheceu a inconstitucionalidade das expressões contidas no art. 44 e § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" e "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", que foram inclusive suprimidas do texto legal por meio da edição da Resolução n. 5/2012 do Senado Federal.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente, para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado e a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, o Tribunal de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

origem analise o regime prisional cabível, conforme as diretrizes dos arts. 33 do CP e 42 da Lei de Drogas, assim como a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, nos termos do art. 44 do Código Penal.

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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 308.491 - SP (2014/0288383-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RAFAEL PITANGA GUEDES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THAILINE DIAS JANUÁRIO

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **THAILINE DIAS JANUÁRIO**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que a paciente foi condenada à pena de 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 388 (trezentos e oitenta e oito) dias-multa, como incursa no art. 33, *caput*, c/c art. 40, III, ambos da Lei n. 11.343/2006.

A defesa interpôs apelação, contudo o recurso foi improvido.

Nesta Corte, a impetrante alega constrangimento ilegal, sob o fundamento de que a paciente preenche os requisitos necessários para a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 no percentual máximo de 2/3.

Aduz que, reduzida a sanção da paciente em razão da incidência da citada minorante, deve ser fixado o regime aberto para o resgate de sua sanção corporal, mormente porque imposição do regime prisional mais gravoso e o impedimento à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito teriam como fundamento apenas a suposta hediondez do delito de tráfico de drogas, motivação inidônea para tanto, sob pena de ofensa ao princípio da individualização da pena.

Requer, assim, a concessão da ordem a fim de que seja aplicada a minorante do art. 33, § 4º, da Lei de drogas no patamar máximo de redução, seja estabelecido o regime inicial aberto (ou semiaberto, subsidiariamente) para o cumprimento da reprimenda privativa de liberdade, bem como seja esta substituída por restritivas de direito.

A liminar foi indeferida (e-STJ, fls. 351-354).

Prestadas as informações (e-STJ, fls. 363-390), manifestou-se o Ministério Público Federal pela concessão parcial da ordem, apenas para que seja modificado o regime inicial de cumprimento da pena (e-STJ, fls. 395-403).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 308.491 - SP (2014/0288383-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RAFAEL PITANGA GUEDES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THAILINE DIAS JANUÁRIO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTOS VÁLIDOS PARA A MODULAÇÃO DO ÍNDICE DE REDUÇÃO. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. ÓBICE CONTIDO NO ART. 44 DA LEI N. 11.343/2006. FUNDAMENTOS INVÁLIDOS. DISPOSITIVOS DECLARADOS INCONSTITUCIONAIS PELO STF. FLAGRANTE ILEGALIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem de ofício.
2. Segundo reiterada jurisprudência dos Tribunais Superiores, a quantidade e a natureza da droga apreendida podem ser sopesadas na definição do índice de redução da pena pela incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 ou, até mesmo, para impedir a aplicação da referida minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. Precedentes.
3. No caso, a instância antecedente, dentro do critério de discricionariedade vinculada do julgador na individualização da pena, estabeleceu o patamar de redução em 1/3, com fundamento na variedade e na expressiva quantidade de droga apreendida (86,3g de maconha e 99,3g de cocaína), o que não se mostra desproporcional.
4. É manifestamente ilegal a imposição do regime prisional mais severo com base, exclusivamente, no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, ante a declaração de inconstitucionalidade do referido dispositivo pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.
5. A Suprema Corte, na análise do HC 97.256/RS, também reconheceu a inconstitucionalidade das expressões contidas no art. 44 e § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" e "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", que foram inclusive suprimidas do texto legal por meio da edição da Resolução n. 5/2012 do Senado Federal.
6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente, para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado e a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, o Tribunal de origem analise o regime prisional cabível, conforme as diretrizes dos arts. 33 do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CP e 42 da Lei de Drogas, assim como a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, nos termos do art. 44 do Código Penal.

VOTO

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

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Nesse contexto, passo ao exame das supostas ilegalidades apontadas pela defesa.

Em relação à causa de redução de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o Juiz de primeiro grau consignou que:

"Bem sopesados os elementos norteadores do artigo 59 do Código Penal, fixo a pena-base no mínimo legal, consistente em 5 (anos) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, tendo em vista a primariedade da agente. A quantidade da droga somente será considerada na terceira fase, a fim de não acarretar *bis in idem* para a ré. Na segunda etapa, não ocorreu propriamente confissão e não há outras circunstâncias atenuantes ou agravantes. Na terceira etapa, como o transporte de droga ocorreu em estabelecimento prisional - fato incontroverso - incide a causa de aumento do art. 40, da Lei de Tóxicos, em 1/6, perfazendo 5 anos e 10 meses de reclusão, além de 583 dias-multa. **Em seguida, à míngua de critérios seguros e explicitamente estabelecidos para a aplicação do art. 33, par. 4, da Lei 11343/06, o art. 42 do referido diploma legal deve orientar o patamar da redução.** Restringir este preceito à fase do art. 59, do Código Penal, a par de despiciendo, criaria distinção injustificada em relação a outros delitos, na primeira etapa de dosimetria da pena, e não permitiria solução eficaz para a controvérsia acerca dos critérios de redução da terceira fase. Por conseguinte, (...), **ante a quantidade da droga, a lesividade da cocaína, a ousadia da agente, o registro de denúncia por posse ilegal de arma de fogo, a falta de confissão e de arrependimento, não se exige a redução máxima pela primariedade, estando preservado o prudente convencimento do julgador.** A propósito, a lei estabelece somente que as penas 'poderão' ser reduzidas. Além disso, entende-se que por se tratar de causa de redução - que pode ir aquém do mínimo legal - e não de dosimetria da primeira fase, não se adota a pena menor em perspectiva (diminuição máxima) como regra. Muito pelo contrário, a legislação recente destinou-se ao agravamento da coibição, da repressão e da resposta penal para o tráfico de entorpecentes, sendo ilógica e dissociada do princípio da razoabilidade a exigência peremptória da diminuição máxima da pena, que a levaria a um patamar muito inferior ao da lei antiga. Segundo exegese sistemática e teleológica, o percentual de diminuição deve ser escolhido de acordo com o caso concreto e a especificidade do potencial lesivo da conduta, como possível número de usuários em perspectiva. A avaliação comedida dos fatos e das condições



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da agente torna auspiciosa a redução intermediária. Assim, considerando tais diretrizes, a reprimenda é reduzida em 1/3, perfazendo 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, ausentes outras causas de aumento ou de diminuição." (e-STJ, fls. 194-195, grifou-se.)

O Tribunal de origem, por sua vez, quanto ao tema, assim manifestou-se:

"Ainda na mesma fase, imperiosa a manutenção da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, mas, exclusivamente, mercê do inexplicável conformismo do Ministério Público.

Isto porque, a quantidade de droga apreendida, passível de atingir um grande número de pessoas, obstava a concessão do redutor, como, inclusive, vem reiteradamente decidindo esta Colenda 14ª Câmara Criminal. Por conta disso e ausentes outras causas modificadoras aplicáveis, a pena permanecerá como lançada, ou seja, em 03 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 388 (trezentos e oitenta e oito) dias-multa, no valor unitário mínimo legal." (e-STJ, fls. 274-275.)

Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.

Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, na falta de indicação pelo legislador de balizas para o *quantum* dessa redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, para impedir a aplicação da minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes (AgRg no AREsp 628.686/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 2/3/2015).

Na hipótese, as instâncias ordinárias, em consonância com a jurisprudência desta Corte, optaram em sopesar a variedade e a quantidade de droga apreendida com a paciente (86,3g de maconha e 99,3g de cocaína), **exclusivamente**, na terceira etapa do cálculo da pena.

Com efeito, devidamente motivada a escolha do patamar de redução, uma vez que consideradas circunstâncias elencadas legalmente como preponderantes (art. 42 da Lei de Drogas), a alteração desse *quantum* é questão afeta à atividade discricionária do julgador, que só pode ser revista quando verificada sua desproporcionalidade, o que não é o caso dos autos.

A respeito, os seguintes precedentes que respaldam esse entendimento:

"[...] 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 artigo 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal e, com preponderância, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

2. Inexiste ilegalidade na aplicação do redutor no patamar de 1/3 (um terço), dada a natureza e a quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas.

3. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 666.334/AM, sob o regime da repercussão geral, firmou o entendimento de que a natureza e a quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico de drogas devem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, sob pena de indevido *bis in idem*, cabendo ao magistrado decidir em que momento as utilizará, o que revela a inexistência de ilegalidade na sua ponderação somente na análise da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006."

(HC 298.618/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 4/11/2015.)

"[...] 1. 'A dosimetria da pena obedece a certa discricionariedade, porque o Código Penal não estabelece regras absolutamente objetivas para sua fixação' (AgRg no AREsp 499.333/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, julgado em 07/08/2014). Não demonstrado o abuso no exercício dessa discricionariedade, não há como prover recurso se nele a parte objetiva a 'mera substituição do juízo subjetivo externado em decisão fundamentada, dentro dos parâmetros cominados pela lei' (STJ, AgRg no HC 267.159/ES, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 24/09/2013; STF, HC 125.804/SP, Rel. Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 24/02/2015; RHC 126.336/MG, Rel. Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 24/02/2015) - ou se a análise do pedido de redimensionamento da pena necessariamente implicar no revolvimento do conjunto fático-probatório. Como é cediço, "os Tribunais Superiores resolvem questões de direito e não questões de fato e prova" (STF, RHC 113.314/SP, Rel. Ministra Rosa Weber; Súmula 7/STJ; Súmula 279/STF)." (AgRg no AREsp 626.560/SP, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO, Desembargador convocado do TJ/SC, QUINTA TURMA, DJe 15/6/2015.)

Quanto ao regime prisional, identifica-se o alegado constrangimento suportado pela paciente.

O Tribunal *a quo*, ao negar provimento ao recurso da defesa, manteve o modo de cumprimento da pena mais gravoso, sob a seguinte motivação:

"O regime de cumprimento de pena, por sua vez, foi estipulado com correção e não comporta alteração alguma. A Lei n.º. 11.464, de 28 de março de 2007, modificando disposição da Lei n.º. 8.081/90 (Lei dos Crimes Hediondos), estatuiu de maneira expressa, em seu artigo 2º, § 1º, que as penas relativas aos crimes previstos no caput deste artigo - entre eles o tráfico ilícito de entorpecentes - serão cumpridas inicialmente em regime fechado, como acertadamente estabeleceu o magistrado sentenciante." (e-STJ, fl. 256.)

Convém destacar que não mais subsiste a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles equiparados, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do disposto no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal e, na hipótese de condenado pelo crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com a preponderância a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

No caso em apreço, verifica-se **flagrante ilegalidade a justificar a concessão**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da ordem de ofício, pois a imposição do regime fechado está apoiada em mera fundamentação *ope legis*, decorrente de norma já declarada inconstitucional, o que não é admissível segundo reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça (nesse sentido: AgRg no REsp 1.434.726/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 20/8/2015; AgRg no REsp 1.523.103/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 3/8/2015).

No que tange ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, também percebe-se o apontado constrangimento sustentado pela impetrante.

Vale lembrar que a Suprema Corte, na análise do HC 97.256/RS, também reconheceu a inconstitucionalidade das expressões contidas no art. 44 e § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" e "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", que foram inclusive suprimidas do texto legal por meio da edição da Resolução n. 5/2012 do Senado Federal.

E, na hipótese dos autos, para afastar a aplicação do referido benefício, a Corte impugnada utilizou-se como fundamento apenas a natureza hedionda do delito e a vedação contida no § 4º, do artigo 44 da Lei de Drogas, dispositivo, como visto, já declarado inconstitucional pelo Pretório Excelso.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. **Concedo** a ordem, de ofício, tão somente, para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado e a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, o Tribunal de origem analise o regime prisional cabível, conforme as diretrizes dos arts. 33 do CP e 42 da Lei de Drogas, assim como a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, nos termos do artigo 44 do Código Penal.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0288383-7

HC 308.491 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00255967620128260224 102012 255967620128260224 8502012

EM MESA

JULGADO: 07/04/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: RAFAEL PITANGA GUEDES
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: THAILINE DIAS JANUÁRIO
CORRÉU	: ALEXANDRE ANDRADE DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes do Sistema Nacional de Armas

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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.