



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 412.002 - SP (2017/0200352-4)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MATEUS OLIVEIRA MORO - SP225807
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADEVANDRO MELO DIAS

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PELO TRÁFICO PRIVILEGIADO. VIABILIDADE. A PEQUENA QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS PERMITE O PROPORCIONAL AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA APLICADA. REPRIMENDA REDUZIDA. REGIME PRISIONAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. POUCA QUANTIDADE DE DROGA. CONDENAÇÃO DEFINITIVA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS SUBJETIVAS E OBJETIVAS FAVORÁVEIS. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO. CABIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

– Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

– Esta Corte vem decidindo que a quantidade, a nocividade e a variedade dos entorpecentes apreendidos são fundamentos idôneos a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ensejar a escolha da fração redutora, quando for o caso de aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

– O caso tratou de pequena quantidade de entorpecentes e, em decorrência, e em respeito à proporcionalidade, a fração redutora do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 deve ser alterada para 2/3, alcançando as penas, em decorrência, o montante de 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa. Precedentes.

– O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

– Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719 do STF.

– Do mesmo modo, no que tange à possibilidade de substituição da pena, o Supremo Tribunal Federal, em 1/9/2010, no julgamento do HC n. 97.256/RS, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei de Drogas, na parte relativa à proibição da conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos condenados por tráfico de entorpecentes.

– No caso, estabelecida a pena-base no mínimo legal e considerando a primariedade do paciente e a quantidade não muito elevada das drogas apreendidas, faz *jus* o acusado ao regime aberto e à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos, respectivamente, do art. 33, § 2º, "c", e art. 44, ambos do CP. Precedentes.

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida *ex officio*, para reduzir as penas do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão, no regime inicial aberto, e 166 dias-multa, permitida a substituição da pena corporal por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Tribunal local, ante a ausência de trânsito em julgado definitivo, mantidos os demais termos da condenação.

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 05 de outubro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 412.002 - SP (2017/0200352-4)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MATEUS OLIVEIRA MORO - SP225807
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADEVANDRO MELO DIAS

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ADEVANDRO MELO DIAS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0000531-48.2012.8.26.0590.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 3 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 333 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, substituída a pena corporal por medidas restritivas de direitos (fls. 18/26).

Irresignadas, as partes apelaram, havendo o Tribunal *a quo*, por maioria de votos, dado parcial provimento aos recursos, reduzindo as penas do acusado para 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa, mantido o regime inicial fechado e afastada a aplicação do art. 44 do CP (fls. 27/37).

Interpostos embargos infringentes, foram rejeitados, consoante acórdão de fls. 45/51.

Nas razões do presente *writ* (fls. 1/13), a impetrante sustenta que o paciente sofre flagrante constrangimento ilegal, uma vez que preenche os requisitos para que a fração redutora pelo tráfico privilegiado seja aplicada no seu grau máximo.

Aduz que não foram observadas as regras previstas no artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, pois todas as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis, a pena-base foi fixada no mínimo legal e o caso envolve pequena quantidade de droga, razão pela qual o paciente faz *jus* ao cumprimento da pena em regime aberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Aponta, ainda, estarem satisfeitos os requisitos previstos no art. 44 do CP, a permitir a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Ao final, pede, liminarmente e no mérito, a aplicação da fração máxima de redução pelo tráfico privilegiado, a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Pedido liminar deferido, em parte, apenas para assegurar ao paciente o direito de aguardar, no regime aberto, o julgamento do mérito do presente *habeas corpus* (fls. 54/57).

Informações prestadas às fls. 69/71 e 74/105.

Parecer do Ministério Público Federal opinando *pela concessão parcial da ordem, para que se reconheça a ilegalidade da imposição do regime inicial fechado fundamentado no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, determinando-se o envio dos autos ao juízo da execução competente, para que defina, de forma concretamente motivada, o regime inicial de cumprimento de pena adequado e para que seja determinada a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos* (fl. 110).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 412.002 - SP (2017/0200352-4)

VOTO

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

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpra analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Quarta Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Busca a defesa a aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em seu grau máximo, bem como a fixação de regime inicial mais brando e a aplicação do art. 44 do CP em favor do paciente.

No caso, o Tribunal local, por maioria de votos, ao dar provimento parcial aos recursos interpostos, reduziu as penas do acusado para 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa, com lastro na seguinte fundamentação (fls. 83/85):

Nesse mister, o que se vê é que a pena base foi estabelecida com critério e no mínimo legal, considerando não só as circunstâncias do art. 59, do Código Penal, como também a quantidade de droga apreendida que não pode ser considerada excessiva, nada justificando a exasperação pretendida pela Promotora de Justiça.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na segunda fase, como o réu é primário, a pena permaneceu inalterada em face da ausência de circunstâncias modificadoras e, finalmente, era mesmo o caso de fazer incidir a regra do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, pois a simples referência no sentido de que o acusado exerce a traficância, desacompanhada de prova concreta, não significa que se dedique à atividade criminosa ou que integre organização dessa natureza a ponto de justificar a exclusão da causa especial de diminuição da pena.

Cuida-se, na verdade, de regra que deve ser aplicada sempre que presentes os requisitos legais previstos na Lei de Drogas, ou seja, mera suposição não proíbe a redução.

Além de tudo isso, como se viu, o réu é primário e sem antecedentes, tudo recomendando, então, a incidência do redutor previsto no referido dispositivo, mas com a redução da pena de metade, diante das circunstâncias do caso concreto e da quantidade de droga apreendida, percentual que se mostra mais justo e suficiente à reprovação da conduta do acusado.

Assim, a pena fica definitivamente estabelecida em 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa, de valor unitário mínimo.

Ao julgar os embargos infringentes, foi mantido o acórdão impugnado, tendo o voto condutor assentado que (fls. 98/99):

Neste contexto, entendo ser inaplicável o patamar de 2/3 relativo à causa especial de redução da pena, eis que além da quantidade de porções individuais apreendidas que o acusado guardava na via pública 18 porções de entorpecentes, bem como o fato de ele não ter comprovado ocupação lícita, bem indica a dedicação efetiva e não eventual à venda de substâncias entorpecentes, não parecendo crível que o embargante estivesse de posse daqueles entorpecentes, sem que a tanto não estivesse ligado a outros indivíduos versados na mesma criminalidade, ou que ao menos estivesse atuando há bom tempo no comércio espúrio.

Por óbvio, os requisitos previstos pelo legislador no artigo 33, § 4º, da Lei nº. 11.343, de 2006, devem ser analisados separadamente. Do contrário, bastaria que a norma exigisse o preenchimento do requisito da primariedade para que o agente fosse agraciado com a redução da pena.

Ademais, a norma buscou dar ao Juiz a possibilidade de no caso concreto aplicar pena menos rigorosa ao réu primário, de bons antecedentes, que não se dedicasse a atividades criminosas e não integrasse organização criminosa, e a intenção do legislador é clara:

dispensar tratamento diferenciado ao “traficante menor”, em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

detrimento do “traficante organizado”.

A previsão está assentada no princípio da individualização da pena e, assim, não afronta a ordem constitucional. Trata-se de regra não obrigatória, facultando ao Magistrado sua aplicação ou não, de acordo com o caso em exame, de forma fundamentada.

Como é cediço, para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

Por outro lado, na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o *quantum* da redução retromencionada, 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, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

Na espécie, observa-se que o Tribunal de origem reconheceu a figura do tráfico privilegiado em favor do paciente, mas, diante da quantidade de drogas apreendidas (10g de maconha e 4,6 g de crack), entendeu que a fração redutora de 1/2 é a que mais se amolda à hipótese, não havendo, em princípio, que se falar em coação ilegal, pois houve fundamentação concreta e em consonância à jurisprudência desta Corte.

Nessa linha, conferir: HC 374.029/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 27/04/2017, DJe 04/05/2017.

Contudo, embora válidos os fundamentos utilizados na escolha da fração de 1/2, entendo que, embora presentes nocividade e variedade, o caso não envolveu vultosa quantidade de drogas (14,6g, no total) que apontasse a necessidade de uma repressão penal mais efetiva.

Assim, em respeito à proporcionalidade, entendo que a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 deve se operar em seu grau máximo, no caso, 2/3, **alcançando as penas, em decorrência, o montante de 1 ano e 8 meses de**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusão e 166 dias-multa.

Nessa linha:

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 E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. POUCA 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.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício, sendo este o caso dos autos.

II - Na espécie, a pequena quantidade da droga apreendida, aliada à inexistência de circunstância judicial desfavorável, autoriza a incidência da redutora do tráfico privilegiado no seu patamar máximo (2/3), reduzindo a pena imposta para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa.

(...)

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para aplicar a causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 no seu patamar máximo, reduzindo a pena imposta para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, para fixar o regime prisional aberto para o início do cumprimento da pena do paciente e para determinar a conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos moldes do artigo 44 do Código Penal, a ser estabelecido pelo Juízo da Execução. (HC 407.466/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2017, DJe 21/09/2017) - grifei.

(...) TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006 FIXADA EM 1/2 (METADE). FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ALTERAÇÃO DA FRAÇÃO PARA 2/3 (DOIS TERÇOS). ADEQUAÇÃO E PROPORCIONALIDADE. 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 criminosa.

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 1/2 (metade) em razão do volume do estupefaciente apreendido. Entretanto, a quantidade da referida droga não é elevada, afastando a escolha do indicado quantum.

4. Assim, mostra-se razoável e proporcional ao caso a redução da reprimenda em 2/3 (dois terços).

(...)

3. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de reduzir as penas para 2 (dois) anos de reclusão, e multa, mantidos os demais termos do acórdão impugnado. (HC 392.418/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017) - grifei.

Quanto ao regime, sabe-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

Por outro lado, é cediço que o regime de cumprimento de pena mais gravoso até pode ser estabelecido, mas, para tanto, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:

Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse mesmo sentido, as Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, *in verbis*:

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Do mesmo modo, no que tange à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ao analisar o HC n. 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir tal possibilidade, nos termos do art. 44 do Código Penal, reconhecendo a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, por meio da Resolução n. 5/2012.

Na espécie, o acórdão recorrido, considerando a pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, estabeleceu o inicial fechado e afastou a aplicação do art. 44 do CP, com base na seguinte fundamentação (fls. 34/35):

Em relação ao regime de cumprimento de pena, cumpre considerar que o tráfico de drogas causa indiscutível abalo à ordem pública, na medida em que o traficante consegue atingir um número elevado de pessoas, que acabam se envolvendo em outros delitos. Por isso, de rigor a segregação do agente por mais tempo no regime fechado, onde poderá demonstrar aptidão e preparo para voltar a conviver em sociedade, inclusive porque, sem desconsiderar que foi declarado inconstitucional a obrigatoriedade desse regime, o delito ainda é equiparado aos hediondos.

Pelos mesmos motivos, sem que se desconheça a orientação jurisprudencial que predomina no Col. Superior Tribunal de Justiça tem-se como incabível e inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois o traficante, longe de ser agraciado com os benefícios reservados a crimes menos graves, deve ser retirado da sociedade, cada vez mais temerosa e abalada com o avanço da criminalidade, a ponto de se justificar a imposição de tratamento mais rigoroso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por ocasião do julgamento dos embargos infringentes, restou assentado, novamente, que (fls. 99/101):

Quanto ao regime de pena imposto, a meu sentir deve prevalecer o fechado, eis que entendo descaber a fixação de regime diverso para início do cumprimento da pena ou mesmo a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, diante da expressa e inequívoca gravidade do crime.

Não se olvide da recente decisão do Colendo Supremo Tribunal Federal, reconhecendo, em caráter incidental, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei de Crimes Hediondos, que estabelece o cumprimento da pena em regime inicialmente fechado, aos agentes condenados por crimes hediondos e equiparados (STF, 111.840/ES, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, julgado de 27-06-12), todavia, a norma citada está em pleno vigor e o recente entendimento da Suprema Corte não impõe de forma obrigatória o acatamento do novo entendimento.

Registra-se ainda que o Excelso Supremo Tribunal Federal recentemente também reconheceu, de modo incidental, a inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão em pena restritiva de direitos” constantes dos artigos 33, § 4º e 44 da Lei Antidrogas.

Esse reconhecimento de inconstitucionalidade, todavia, não implica substituição automática da pena de prisão por pena restritiva de direitos. Na decisão é ressalvada a possibilidade de o julgador analisar, em cada caso concreto, a viabilidade e admissibilidade dessa substituição.

Tal como veiculado de forma contínua nos diários de grande circulação no país, o tráfico de drogas vem se tornando assustadoramente contumaz no cotidiano das grandes, médias e até mesmo pequenas cidades, inclusive aquelas incrustadas nos mais distantes rincões da nação.

Não há distinção entre ricos ou pobres, raça ou religião; o comércio ilegal avança de forma incontrolável, ora favorecido pela insuficiência policial, ora beneficiado pelo abrandamento do rigor penal.

Evidentemente o grande traficante, o responsável pela distribuição da droga em determinada região ou cidade, não se envolverá diretamente na comercialização da droga; valer-se-á do jovem preterido pela sorte, disposto a lutar por algum dinheiro que propicie a imediata realização de necessidades básicas.

Ocorre então a perfeita comunhão de interesses.

De um lado, o responsável pelo tráfico, que se arrima em incautos jovens, inimputáveis pela tenra idade, ou de passado até então



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

escorreito, para comercializar seu produto, e de outro o pequeno cidadão que, eventualmente detido pela prática espúria, poderá ser beneficiado com a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos.

Como se não bastasse, o número de pessoas que poderiam ser servidas com as drogas bem demonstra a periculosidade do réu, recomendando o cumprimento da pena no regime inicial fechado e obstando a substituição da pena por quaisquer das medidas alternativas.

Logo, na esteira da douta maioria, admito a redução intermediária da pena, mantendo o regime prisional fechado.

Ora, como já dito por ocasião do deferimento do pedido liminar, os acórdãos recorridos impuseram constrangimento ilegal ao paciente, uma vez que o regime fechado foi determinado sem a apresentação de fundamentação idônea, pois, como visto, a hediondez e a gravidade abstrata do crime não constituem motivação suficiente para a fixação de regime mais gravoso e para negar a substituição da pena corporal.

Assim, considerando a nova pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, a primariedade do acusado, a análise favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal e o fato de o caso não ter envolvido elevada quantidade de droga (14,6g, no total), deve ser fixado, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal, e art. 42 da Lei n. 11.343/2006, o regime aberto para início do cumprimento da pena.

Do mesmo modo, preenchidos os pressupostos previstos no art. 44 do Código Penal, resulta cabível a conversão da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, cuja escolha caberá ao Tribunal de origem, ante a ausência do trânsito em julgado da condenação.

A propósito, destaco:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. PENA DE 1 (UM) ANO E 8 (OITO) MESES DE RECLUSÃO. PACIENTE PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

II - A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o deferimento do regime aberto se dá desde que preenchidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos e a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

III - Na presente hipótese, o paciente é primário, teve valoradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais - tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal -, e foi condenado pela prática de crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa (tráfico), e, com a redução da pena em razão da incidência do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, faz jus ao regime aberto de cumprimento de pena, ex vi do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Código Penal.

IV - Além disso, à luz do art. 44 do Código Penal, o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

(...)

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, cassando o v. acórdão do eg. Tribunal a quo (Habeas Corpus n. 0000696-51.2015.8.26.0603) e confirmando a liminar anteriormente deferida, fixar o regime inicial aberto para início de cumprimento da pena e determinar a substituição da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal, a serem estabelecidas pelo MM. Juiz da Execução. (HC 395.857/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 15/08/2017) - grifei.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INDEFERIMENTO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. VARIEDADE DE DROGAS APREENDIDAS - CRACK, COCAÍNA E MACONHA. PACIENTE QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODO O ANDAMENTO DA AÇÃO PENAL. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº.11.343/06. PATAMAR DE REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. FRAÇÃO MÁXIMA DE REDUÇÃO APLICADA. PEQUENA QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PRIMARIEDADE E MONTANTE DA PENA QUE ENSEJAM O REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CABIMENTO. INTELIGÊNCIA DO ART. 44 DO CP.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

6. Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719 do STF.

7. Do mesmo modo, no que tange à possibilidade de substituição da pena, o Supremo Tribunal Federal, em 1/9/2010, no julgamento do HC n. 97.256/RS, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei de Drogas, na parte relativa à proibição da conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos condenados por tráfico de entorpecentes.

8. No caso, estabelecida a pena-base no mínimo legal e considerando a primariedade do paciente e a quantidade não muito elevada das drogas apreendidas, faz jus o acusado ao regime aberto e à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos, respectivamente, do art. 33, § 2º, "c", e art. 44, ambos do CP.

9. Ordem não conhecida, mas concedida ex officio, para reduzir as penas do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão, no regime inicial aberto, e 166 dias-multa, substituindo a pena corporal por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Penais. (HC 400.137/SP, deste Relator, QUINTA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 01/08/2017) - grifei.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*, mas **concedo a ordem de ofício**, para reduzir as penas do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão, no regime inicial aberto, e 166 dias-multa, permitida a substituição da pena corporal por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Tribunal local, ante a ausência de trânsito em julgado definitivo, mantidos os demais termos da condenação.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0200352-4

HC 412.002 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00005314820128260590 20160000704225 20170000486059 5314820128260590

EM MESA

JULGADO: 05/10/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

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 : MATEUS OLIVEIRA MORO - SP225807
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADEVANDRO MELO DIAS

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 e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.