



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 308.068 - SP (2014/0281048-7)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : FABIO EUSTAQUIO ZICA
ADVOGADO : FABIO EUSTAQUIO ZICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUCAS OLEGARIO DOS SANTOS SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS COM ENVOLVIMENTO DE ADOLESCENTE. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REQUISITO SUBJETIVO NÃO PREENCHIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A jurisprudência firmou o entendimento de que, como o legislador não estabeleceu especificamente os parâmetros para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, devem ser consideradas, para orientar o cálculo da minorante, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e, especialmente, o disposto no art. 42 da Lei de Drogas.

2. Não há ilegalidade a ser sanada no ponto em que foi aplicada a diminuição da pena pela metade na terceira etapa da dosimetria, pois a instância ordinária destacou, para tanto, a quantidade, a natureza e a forma de acondicionamento da droga apreendida (25 "eppendorfs" de cocaína, com peso líquido de 9,2g) – elementos que não foram valorados na primeira fase – e as condições em que ocorreu a prática criminosa (com o envolvimento de adolescente).

3. Reconhecida a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, tem-se que a invocação desse dispositivo não serve para justificar a fixação do regime mais gravoso, haja vista que, para estabelecer o regime inicial de cumprimento de pena, deve o magistrado avaliar o caso concreto, de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo art. 33 e parágrafos do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois, apesar de o paciente ter sido condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, as circunstâncias desfavoráveis do crime e o comportamento do agente, já destacados na motivação global da decisão judicial, evidenciam que a substituição da sanção reclusiva por restritiva de direitos não se mostrará suficiente para a prevenção e repressão do delito perpetrado, nos termos do artigo 44, inciso III, do Código Penal.

5. Ordem não conhecida. *Habeas corpus* concedido, de ofício, apenas para que o Tribunal de origem verifique, mediante concreta motivação, a possibilidade de fixar ao paciente regime inicial mais brando de cumprimento de pena, à luz do art. 33 do Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, não conhecer do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 04 de dezembro de 2014

MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 308.068 - SP (2014/0281048-7)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE : FABIO EUSTAQUIO ZICA

ADVOGADO : FABIO EUSTAQUIO ZICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : LUCAS OLEGARIO DOS SANTOS SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

FABIO EUSTAQUIO ZICA, paciente neste *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, estaria sofrendo coação ilegal em seu direito de locomoção, em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, na Apelação Criminal n. 3025249-55.2013.8.26.0224.

No processo n. 1693/13, o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de multa, como incurso no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, VI, ambos da Lei n. 11.343/2006, pois foi surpreendido, juntamente com adolescente, tendo em depósito, para fins de consumo de terceiros, 9,2g de cocaína acondicionados em 25 invólucros plásticos.

Inconformada, a defesa recorreu. O Tribunal de Justiça deu parcial provimento à apelação para aplicar o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e redimensionar a pena para **2 anos e 11 meses de reclusão**, em regime inicial fechado, e 290 dias-multa.

Nesta Corte, o impetrante sustenta que a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 deveria ter sido aplicada no patamar máximo de 2/3, que é plenamente cabível a fixação de regime inicial menos gravoso, ante a primariedade do réu e a quantidade da pena aplicada, e que a pena privativa de liberdade deve ser substituída por pena restritiva de direitos, à luz do art. 44 do CP.

Requer a concessão da ordem para que seja: a) aplicada em 2/3 a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas; b) fixado o regime aberto de cumprimento de pena e c) substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi por mim indeferida (fls. 95-97).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ*, mas pela parcial concessão da ordem de ofício (fls. 102-107).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 308.068 - SP (2014/0281048-7)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS COM ENVOLVIMENTO DE ADOLESCENTE. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REQUISITO SUBJETIVO NÃO PREENCHIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A jurisprudência firmou o entendimento de que, como o legislador não estabeleceu especificamente os parâmetros para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, devem ser consideradas, para orientar o cálculo da minorante, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e, especialmente, o disposto no art. 42 da Lei de Drogas.
2. Não há ilegalidade a ser sanada no ponto em que foi aplicada a diminuição da pena pela metade na terceira etapa da dosimetria, pois a instância ordinária destacou, para tanto, a quantidade, a natureza e a forma de acondicionamento da droga apreendida (25 "eppendorfs" de cocaína, com peso líquido de 9,2g) – elementos que não foram valorados na primeira fase – e as condições em que ocorreu a prática criminosa (com o envolvimento de adolescente).
3. Reconhecida a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, tem-se que a invocação desse dispositivo não serve para justificar a fixação do regime mais gravoso, haja vista que, para estabelecer o regime inicial de cumprimento de pena, deve o magistrado avaliar o caso concreto, de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo art. 33 e parágrafos do Código Penal.
4. É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois, apesar de o paciente ter sido condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, as circunstâncias desfavoráveis do crime e o comportamento do agente, já destacados na motivação global da decisão judicial, evidenciam que a substituição da sanção reclusiva por restritiva de direitos não se mostrará suficiente para a prevenção e repressão do delito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

perpetrado, nos termos do artigo 44, inciso III, do Código Penal.

5. Ordem não conhecida. *Habeas corpus* concedido, de ofício, apenas para que o Tribunal de origem verifique, mediante concreta motivação, a possibilidade de fixar ao paciente regime inicial mais brando de cumprimento de pena, à luz do art. 33 do Código Penal.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

Preliminarmente, releva salientar que o Superior Tribunal de Justiça, na esteira do que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, não admite que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão criminal, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do(a) paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*.

Sob tais premissas, **não constato**, na espécie em exame, a **ocorrência de manifesto constrangimento ilegal** passível de engendrar a concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*.

O paciente foi condenado pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, e § 4º, c/c o art. 40, VI, ambos da Lei n. 11.343/2006, à pena de **2 anos e 11 meses de reclusão**, em regime inicial fechado, e ao pagamento de multa, pois, segundo o apurado, em prévio ajuste com adolescente, trazia consigo **25 eppendorfs de cocaína, com peso líquido de 9,2g**.

I. Quanto à fração do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006

A minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas deixou de ser aplicada pelo juiz natural da causa pelos seguintes fundamentos:

[...]

Inaplicável o redutor previsto no artigo 33, parágrafo quarto da Lei 11.343/06, em vista da **quantidade e natureza das drogas apreendidas**, assim como **o fato do acusado cometer o delito envolvendo adolescente**, sendo mais perniciosa a conduta, **não sendo o acusado pequeno traficante**, exigível atuação estatal mais severa, na tentativa de dissuadi-lo da prática de iguais e novos atentados. (fls. 35-36, destaquei)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Tribunal de Justiça, em sede de apelação criminal exclusiva da defesa, reduziu a pena pela metade (1/2), pelos seguintes motivos:

[...]

Seguindo as diretrizes dos artigos 59 e 60, ambos do Código Penal, a pena-base deve ser mantida no mínimo legal, ou seja, 05 anos de reclusão e 500 dias-multa. Na sequência, tendo em vista a presença da qualificadora do artigo 40, inciso VI, da Lei de Drogas, elevo-a em 1/6 (um sexto), alcançando 05 anos e 10 meses de reclusão, além de 580 dias-multa.

Por fim, em virtude da causa de diminuição prevista no § 4º, do artigo 33, do mesmo Diploma Legal, reduzo-a em 1/2 (metade), **levando em conta a quantidade de entorpecente apreendido**, perfazendo 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, mais o pagamento de 290 (duzentos e noventa) dias-multa, tornada definitiva à míngua de circunstâncias modificadoras.

Contudo, anoto que não cabe, no caso em análise, a redução no grau máximo, devido **à gravidade do crime em questão, à quantidade da droga apreendida** — 25 (vinte e cinco) invólucros de cocaína —, à forma como foi acondicionada, além da **sua natureza, as condições em que se desenvolveu a ação criminosa** e as **circunstâncias da apreensão e da prisão**, ficando, assim, justificada a redução de 1/2 (metade), ora aplicada. (fls. 86-87, destaquei)

Segundo o disposto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, "Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa".

O dispositivo legal estabelece apenas os requisitos necessários para a aplicação da minorante nela prevista, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a fixação do *quantum* de diminuição de pena.

Assim, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento de que, como o legislador não estabeleceu especificamente os parâmetros para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, devem ser considerados, para orientar o cálculo da minorante, as **circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal** e, especialmente, **o disposto no art. 42 da Lei de Drogas**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Esse também é o entendimento da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual, "Fixada a pena-base no mínimo legal, não há óbice a que a quantidade e natureza da droga sejam valoradas, negativamente, na terceira fase da dosimetria da pena" (HC n. 122.151/SP, Relator Ministro **Dias Toffoli**, DJe 7/10/2014).

Aliás, registro que a razão de ser da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 é justamente **punir com menor rigor o pequeno traficante**, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, cometendo um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal.

A propósito, confira-se o seguinte trecho de voto deste Superior Tribunal: "A *mens legis* da causa de diminuição de pena seria alcançar os condenados neófitos na infausta prática delituosa, configurada pela pequena quantidade de droga apreendida, e serem eles possuidores dos requisitos necessários estabelecidos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06." (AgRg no REsp n. 1.389.632/RS, Rel. Ministro **Moura Ribeiro**, 5ª T., DJe 14/4/2014).

E o entendimento da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual é possível "Considerar-se a natureza e a quantidade da droga apreendida como **elemento indicativo do grau de envolvimento do agente com a vida criminosa**, a autorizar maior ou menor redução da pena pelo art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06" (RHC n. 116.036/MG, Rel. Ministro **LUIZ FUX**, DJe de 14/8/2013, destaquei).

Por essas razões, não verifico nenhum constrangimento ilegal a ser sanado no ponto em que foi aplicada a diminuição da pena pela metade, na terceira etapa da dosimetria, pois a instância ordinária **fundamentou concretamente** a aplicação da minorante nesse patamar, salientando, para tanto, a **quantidade e a natureza de droga apreendida (25 "eppendorfs" de cocaína, com peso líquido de 9,2g) e as condições em que se desenvolveu a prática criminosa (com o envolvimento de adolescente)**.

Assim, não há reparo a ser feito na terceira etapa da dosimetria, mormente porque **a natureza e a quantidade de entorpecentes não foram consideradas na primeira fase da dosimetria**, para fins de exasperação da pena-base.

Segundo Informação Pericial n. 710/2009 do Instituto de Criminalística – Seção de Perícias e Análises Laboratoriais – da Polícia Civil do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Distrito Federal, **uma dose típica de cocaína ou crack é de 100 a 200 miligramas**, considerando a pureza da "cocaína de rua". A dose letal mínima é de 1,2 gramas; não obstante, indivíduos suscetíveis morreram após a aplicação de apenas 30 miligramas de cocaína nas membranas mucosas. Por outro lado, ainda segundo a referida informação pericial, viciados toleram até no máximo 5 gramas de cocaína por dia. (Consta dessa informação pericial que as informações sobre dosagem foram obtidas no sítio eletrônico do *European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction*).

Ressalto, por fim, que o juiz não é obrigado a aplicar a minorante no percentual máximo quando presentes os requisitos para a concessão do benefício, possuindo plena discricionariedade para eleger patamar diverso de redução de pena, de forma devidamente fundamentada, desde que necessário e suficiente para a prevenção e a repressão do delito, **como na hipótese**.

II. Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena

O Tribunal de origem entendeu devida a imposição do modo inicialmente mais gravoso, consoante a seguir descrito (fls. 88-91):

[...]

Adequado o regime inicial fechado nos termos da Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, cabendo ao Juízo das Execuções Criminais a análise do eventual preenchimento dos requisitos para a concessão de progressão. Se assim não fosse, não teria sentido outro regime a ser fixado. O legislador, ao tratar o traficante de drogas com o rigor necessário, até pelo fato de o delito ser equiparado a hediondo, negou-lhe vários benefícios que a outras espécies de criminosos seriam cabíveis, como fiança, indulto, *sursis*, liberdade provisória etc. Portanto, seria contraditório que, condenados, esses infratores recebessem pena alternativa ou cumprissem as reprimendas em regime diverso do fechado.

Lembro que **há determinação expressa no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, de que as penas por crime hediondo ou equiparado iniciam-se no regime fechado**.

Ademais, a deterioração moral em destacados seguimentos da sociedade brasileira já alcançou níveis insuportáveis, a ponto de afetar a tranquilidade social e a própria ordem pública. As práticas criminosas se tornaram condutas corriqueiras, de execução fácil e exercidas descaradamente, numa verdadeira inversão de valores.

Por essa razão, o que na verdade compensa analisar é se a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

personalidade do indivíduo é ou não perigosa em razão simplesmente dos fatores apontados ou pela maior ou menor gravidade e as circunstâncias e conseqüências do ilícito praticado.

A prática de todo crime grave, seja pela sua própria natureza ou em razão dos meios de execução empregados e da extensão danosa das seqüelas que causa, deixa clara a periculosidade do seu autor, independente de ter eventualmente bons antecedentes, de possuir residência fixa e cuja condição econômica, funcional, social ou familiar no distrito da culpa faça pressupor um vínculo pessoal e psicológico a ele, capaz de evitar sua fuga ou a possibilidade de prosseguir na senda do crime.

Isto porque o ato antijurídico executado nessas condições demonstra a exteriorização do instinto criminoso latente do agente, até então guardado em seu inconsciente ("id") e inibido pelo consciente ("superego"), este formado pelas informações recebidas pelo indivíduo do meio social em que vive.

Uma vez rompido ou viciado o mecanismo inibidor, o instinto criminoso se manifesta e se exterioriza em atos. E se o fator inibidor já está deformado pela introjeção de conceitos e práticas antijurídicas, nada conterà a reiteração de condutas criminosas por parte do indivíduo. Assim, ainda que pratique um só delito, o agente pode ser considerado perigoso, possuidor de potencialidade para prosseguir na vida de crimes e, por essa razão, deve ser segregado e apenado com uma sanção que seja a medida necessária e suficiente para a prevenção e reprovação do crime.

Dessa forma, na presente hipótese, considerando a personalidade de Lucas, que se mostrou voltada ao delito, dedicando-se ao tráfico de entorpecentes, adequada é a fixação do regime inicial fechado.

Ora, no julgamento do *HC* n. 111.840/ES, realizado em sessão extraordinária do dia 27/6/2012, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e outros a eles equiparados.

Dessa forma, reconhecida a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da pena imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto (como a natureza e a quantidade de drogas apreendidas, por exemplo), para que, então, seja fixado o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime carcerário que, à luz do disposto no art. 33 e parágrafos do Código Penal, se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, **o que não ocorreu no caso concreto.**

Com efeito, a instância ordinária impôs o regime inicial fechado **sem apontar nenhum elemento concreto dos autos** que, efetivamente, evidenciasse a necessidade de fixação do modo inicialmente mais gravoso de execução.

Assim, como a condenação do paciente **ainda não transitou em julgado** (conforme consulta processual realizada na página eletrônica do TJSP), cabe ao Tribunal de Justiça avaliar o caso em exame, aferindo a **eventual** possibilidade de, **com base nas particularidades do caso concreto**, fixar ao acusado regime inicial mais brando de cumprimento de pena.

III. Quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos

Em 1º/9/2010, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *HC* n. 97.256/RS, de relatoria do Ministro Ayres Britto, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no art. 44 do mesmo diploma normativo, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena.

Diante da declaração de inconstitucionalidade das mencionadas expressões pela Suprema Corte, mostra-se possível, **em princípio**, proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, mesmo que perpetrado já na vigência da Lei n. 11.343/2006.

Vale mencionar, ainda, que o Senado Federal promulgou a Resolução n. 5 (15/2/2012), determinando a suspensão da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Entretanto, para a substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos, é necessário que estejam preenchidos, cumulativamente, os **requisitos objetivos e subjetivos** exigidos para a concessão dessa benesse, os quais se encontram **previstos no art. 44 do Código Penal, in verbis**:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Isso porque a aplicação da pena no caso concreto repercute na utilidade social que desempenha o Direito Penal e na sua justificação política, de modo que, **"ao se individualizar a pena, age-se não só em função do necessário para o réu mas para com o necessário à sociedade"** (REALE JUNIOR, Miguel. *Penas e Medidas de Segurança no Novo Código*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 164).

No caso sob exame, verifico que o Tribunal, mesmo após reduzir a pena corporal do paciente, demonstrou ser incabível a aplicação do art. 44 do CP, **"tendo em vista as circunstâncias do crime, bem como o comportamento e a personalidade do apelante, que se revelaram voltados ao delito, dedicando-se ao narcotráfico"** (fl. 87, destaquei).

É imperioso destacar que a motivação global do acórdão estadual já havia analisado desfavoravelmente as mencionadas circunstâncias do crime ao afirmar, em capítulo anterior, que a natureza e a quantidade da droga apreendida (25 porções de cocaína) e o fato de o crime ter sido praticado na companhia de adolescente evidenciavam maior grau de envolvimento do agente com a atividade criminosa, tanto que na terceira etapa da dosimetria sua pena foi reduzida apenas pela metade.

Nos termos da jurisprudência desta Corte "A natureza, variedade e quantidade de entorpecentes apreendidos constituem fundamentos aptos a inviabilizar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, inciso III, do Código Penal, ainda que preenchido o requisito objetivo do inciso I do referido dispositivo" (AgRg no REsp 1432109/GO, Rel. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**, 5ª T., DJe de 1º/8/2014).

Ilustrativamente:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

3. A gravidade da conduta delituosa perpetrada, dada a quantidade das substâncias tóxicas apreendidas, bem como a natureza mais perniciosa da cocaína, aliadas às circunstâncias em que ocorreu a prisão do condenado, envolvendo outros dois corréus e três adolescentes, evidenciam que, na espécie, a não conversão da sanção reclusiva se encontra justificada, pois não se mostraria suficiente para a prevenção e repressão do delito denunciado, nem seria socialmente recomendável.

[...]

(HC 246.796/RJ, Rel. Ministro **JORGE MUSSI**, 5ª T., DJe de 27/11/2012)

Em minha concepção, o tráfico de cocaína denota maior reprovabilidade e maior potencialidade lesiva à saúde pública do que o tráfico de outra substância menos nociva, como a maconha. Dessarte, o envolvimento de adolescente na seara criminosa também é elemento concreto que exige maior rigor na resposta penal.

Assim, apesar de o paciente ter sido condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, as peculiaridades do caso concreto evidenciam que a substituição da sanção reclusiva por restritiva de direitos não se mostrará suficiente para a prevenção e repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 44, III, do Código Penal.

III.

À vista do exposto, não conheço do *habeas corpus* mas, examinando seu conteúdo, identifico constrangimento ilegal que me leva a conceder a ordem postulada, *ex officio*, somente para que o Tribunal de origem verifique, mediante concreta motivação, a eventual possibilidade de fixar o regime inicial mais brando de cumprimento de pena, à luz do art. 33 do CP.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0281048-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 308068 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 16932013 20140000640485 30252495520138260224

EM MESA

JULGADO: 04/12/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : FABIO EUSTAQUIO ZICA
ADVOGADO : FABIO EUSTAQUIO ZICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUCAS OLEGARIO DOS SANTOS SILVA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.