



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 239.685 - MG (2012/0078083-8)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : MAURÍCIO ROCHA FONTOURA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : GUILHERME VITOR DE SOUSA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006 RECONHECIDA EM SEDE DE APELAÇÃO. MANUTENÇÃO DO REGIME PRISIONAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA E HEDIONDEZ. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. RÉU PRIMÁRIO E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REGIME ABERTO. APLICABILIDADE. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, 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 obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crime hediondos e os a ele equiparados foi declarada inconstitucional pelo c. Pretório Excelso, em 27.6.2012, por ocasião do julgamento do HC 111.840/ES. Assim, a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal, bem como do art. 42 da Lei 11.343/2006, quando se tratar de delitos previstos nessa Lei.

– Sendo o réu primário e favoráveis todas as circunstâncias judiciais – pena-base foi fixada no seu mínimo legal, o regime prisional adequado para o cumprimento da pena é o aberto, tendo em vista que sanção privativa de liberdade não supera 4 (quatro) anos.

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de modificar o regime prisional para o aberto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Rogerio Schietti Cruz votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 10 de dezembro de 2013(data do julgamento).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 239.685 - MG (2012/0078083-8)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ADVOGADO : MAURÍCIO ROCHA FONTOURA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PACIENTE : GUILHERME VITOR DE SOUSA

RELATÓRIO

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

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de GUILHERME VITOR DE SOUSA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Depreende-se dos autos que o Paciente foi condenado pela prática do crime tipificado no art. 33, c.c o art. 40, VI, da Lei 11.343/06, às penas de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Irresignada, a defesa interpôs Apelação, tendo a Corte de origem dado parcial provimento ao recurso para reduzir a pena imposta para 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, e pagamento de 291 (duzentos e noventa e um) dias-multa, além da isenção das custas processuais. Mantido o regime fechado.

O acórdão restou assim ementado:

"EMENTA: APELAÇÕES CRIMINAIS - TRÁFICO DE DROGAS - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - AUTORIA COMPROVADA - SUFICIÊNCIA DE PROVAS - CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DO ARTIGO 40, INCISO VI, DA LEI - 11.343/06 - INCIDÊNCIA - ENVOLVIMENTO DE MENORES NA ATIVIDADE ILÍCITA - COMPROVAÇÃO - MINORANTE DO ARTIGO 33, § 4a, DA LEI ? 11.343/06 - APLICAÇÃO - RÉUS PRIMÁRIOS, DE BONS ANTECEDENTES E QUE NÃO SE DEDICAM A ATIVIDADES CRIMINOSAS - FRAÇÃO DE 1/2 (UM MEIO) - "MACONHA" E "CRACK" - QUANTIDADE CONSIDERÁVEL - CRIME HEDIONDO - MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL - DESCABIMENTO - IMPOSIÇÃO DO FECHADO - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS - IMPOSSIBILIDADE - VEDAÇÃO LEGAL - ISENÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS - CONCESSÃO AO RÉU ASSISTIDO PELA DEFENSORIA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PÚBLICA.1. Mostrando as provas que os réus dedicavam-se ao comércio ilícito de drogas, impõe-se a sua condenação pelo crime previsto no artigo 33 da Lei nº 11.343/06. 2. Comprovado o envolvimento de menores na atividade ilícita, deve incidir a causa especial de aumento do artigo 40, inciso VI, da Lei nº 11.343/06. 3. Tratando-se de réus primários, de bons antecedentes e que não se dedicam a atividades criminosas, devem ser beneficiados pela aplicação da minorante do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Dada a natureza e a quantidade das drogas apreendidas a referida causa de diminuição deve incidir na fração de Vi (um meio). 4. O tráfico de drogas com causa de diminuição de pena é crime equiparado a hediondo e sujeito às vedações contidas na Lei nº 8.072/90, e no artigo 44 da Lei de Drogas. 5. De acordo com o artigo 10, inciso II, da Lei Estadual nº 14.939/03, são isentos do pagamento de custas os que provarem insuficiência de recursos e os beneficiários da assistência judiciária. V.V.P.

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO PRIVILEGIADO - ARTIGO 33, §4º, DA LEI 11.343/06 - CRIME NÃO EQUIPARADO A HEDIONDO - POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE - SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA POR RESTRITIVA DE DIREITOS ADMISSÍVEL. Inexiste referência, no artigo 44 da Lei 11.343/06, à figura típica derivada prevista no § 4º do artigo 33 da Lei Antidrogas, sendo certo que se a norma do artigo 44 abarcasse o denominado tráfico privilegiado não haveria a necessidade de o legislador expressar a vedação da substituição de pena no próprio § 4º, como é de singela constatação. Infere-se da redação do § 4º que a intenção da Lei Antidrogas foi a de dar um tratamento especial a uma hipótese que difere completamente da incriminação contida no caput e no § 1º do artigo 33. Pode-se concluir que o tráfico ilícito de drogas, como crime equiparado a hediondo, na forma preconizada pelo art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, e pelo artigo 2º, caput, da Lei 8.072/90, abrange, tão somente, as figuras típicas previstas no caput e § 1º do artigo 33 da Lei 11.343/06, pois o artigo 44 da Lei Antidrogas, que regulamenta o dispositivo constitucional suso indicado, apenas se refere a tais hipóteses de tráfico, excluindo as demais, como, por exemplo, as previstas nos §§ 3º e 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06." (fls. 67-68)

Com a finalidade de prevalecer o voto divergente, proferido no acórdão de apelação, que determinou a fixação do regime aberto e da substituição da pena privativa de liberdade, fora interpostos Embargos Infringentes.

O Tribunal *a quo*, por maioria, acolheu parcialmente os embargos, substituindo a pena corporal por restritiva de direitos.

No presente *writ*, o Defensor-impetrante, sustenta, em síntese, que o reconhecimento da causa de diminuição da pena faz com que o crime deixe de ser comparado ao hediondo, possibilitando, no presente caso, a aplicação do regime prisional



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diverso do fechado.

Requer, por fim, seja fixado o regime aberto para cumprimento da reprimenda.

Liminar indeferida às fls. 109-110.

O Ministério Público Federal, no parecer de fls. 115-125, manifestou-se pela concessão da ordem.

Brevemente relatado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 239.685 - MG (2012/0078083-8)

VOTO

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

Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso no processo penal. Contudo, à luz de princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, 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, confira-se:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[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, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 19.9.2012).

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

Todavia, passo à análise do pedido deduzido na impetração ante a possibilidade de existência de flagrante constrangimento que justifique a concessão de *habeas corpus* de ofício.

Consta dos autos que o Paciente restou condenado às penas de 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 291 (duzentos e noventa e um) dias-multa, pelo cometimento da infração prevista no art. 33, caput, c.c o art. 40, VI, ambos da Lei n.º 11.343/06, com substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Isso porque fora apreendida. Em seu poder, a quantidade de **35,37 gramas de maconha e 4,96 gramas de "crack"**.

Dessume-se da acurada leitura da impetração que a Defesa busca o estabelecimento de regime prisional menos gravoso.

O MM. Magistrado singular, ao realizar a dosimetria penal, destacou que:

"A) - Quanto ao réu GUILHERME VITOR DE SOUSA:

*Atento à sua culpabilidade intensa; aos antecedentes criminais do denunciado, que não apresentam outros registros, fls. 44; à sua conduta social até então normal; à sua personalidade em formação; aos motivos indesculpáveis, já que visava o ganho fácil; às circunstâncias do crime, próprias do tipo penal em apreço; às consequências graves para a saúde pública; bem como ao comportamento da vítima, no caso a própria sociedade, que em nada contribuiu para o crime, **FIXO A PENA BASE em 05 (cinco) anos de reclusão e no pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, fixando cada dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo da época dos fatos.** Deixo de reduzir as penas em razão de ser o réu menor de 21 anos, pois as apliquei no mínimo legal. Inexistem circunstâncias atenuantes e agravantes. Por fim, tendo em vista o disposto no artigo 40, inciso VI, da Lei 11.343/06, **AUMENTO as penas em 1/6 (um sexto), passando-as para 05 (cinco) ANOS e 10 (dez) MESES de reclusão e para 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa. já fixado seu valor, tornando-as em definitivo.**" (fl. 22)*

O Tribunal a quo, ao julgar o recurso de apelação, analisando a possibilidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de modificação de regime menos gravoso, ressaltou que:

" [...]

Prosseguindo, todavia, ao contrário do considerado pelo MM. Juiz "a quo", não há nos autos provas suficientes para afirmar que os apelantes se dediquem a atividades criminosas, e, por serem primários e não possuírem antecedentes criminais, como atestado na certidão de fls. 44 e 47, devem ser beneficiados com o reconhecimento da minorante do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, que dada a duplicidade de drogas - "maconha" e "crack", essa uma das mais nefastas delas, e a quantidade considerável apreendida, 35,37g (trinta e cinco gramas e trinta e sete centigramas) da primeira e 4,96g (quatro gramas e noventa e seis centigramas) da segunda, deve incidir no patamar intermediário (1/2 - um meio), ficando a pena concretizada em 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão e 291 (duzentos e noventa e um) dias-multa.

Continuando, o crime de tráfico de drogas com a incidência da causa de diminuição de pena é equiparado a hediondo e sujeito às vedações contidas na Lei nº 8.072/90, devendo, portanto, os apelantes iniciarem o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime fechado.

[...] " (fl.73)

Posteriormente, quando do julgamento dos embargos infringentes, consignou que:

" [...]

Do pedido de alteração do regime - A defesa pleiteia a fixação do regime aberto nos termos do artigo 33 § 2º alínea "c" do Código Penal vez que o delito de tráfico privilegiado não é hediondo.

Razão contudo não lhe socorre.

A causa de diminuição de pena prevista no artigo 33 §4º da Lei 11.343/2006 apenas abranda a punição do agente quando for ele primário, tendo bons antecedentes e não se dedique à atividade criminosa.

As figuras delitivas não consideradas hediondas são aquelas elencadas no artigo 33 §2º e §3º da Lei de Drogas.

[...]

O crime previsto no artigo 33 §4º da Lei 11.343/2006 portanto é hediondo, o que impõe a manutenção do regime fechado nos termos do acórdão fustigado.

[...] " (fls. 101-102, grifos acrescidos)

É consabido que a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crime hediondos e os a ele equiparados foi declarada inconstitucional pelo c. Pretório Excelso, em 27.6.2012, por ocasião do julgamento do HC 111.840/ES.

Portanto, não obstante o tráfico privilegiado ser crime equiparado a hediondo, a fixação do regime inicial de cumprimento da pena deve observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c art. 59 do Código Penal, configurando ilegalidade manifesta a imposição do regime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mais gravoso com base unicamente na disposição legal afastada pelo Supremo Tribunal Federal, hipótese dos autos.

Na espécie, verifica-se que o estabelecimento de regime prisional mais gravoso foi efetuado apenas com fundamento na gravidade abstrata e na hediondez do delito, consubstanciando, dessa forma, patente ilegalidade a ser sanada, de ofício, por esta via.

Por conseguinte, procedo à readequação do regime inicial de cumprimento de pena para o **aberto**, com fulcro no artigos 33, §§ 2º e 3º, c/c art. 59, ambos do CP e art. 42 (Lei n. 11.343/2006), pois a pena final do Paciente foi fixada em 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, sendo o réu primário e favoráveis todas as condições judiciais, considerando que a pena-base foi fixada no seu mínimo legal.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de revisão criminal.

2. Em regra é vedada a revisão da dosimetria em habeas corpus, somente cabível quando há flagrante ilegalidade, como na hipótese, em que aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, sem qualquer fundamentação, mas, pura e simplesmente, com definição do percentual de 1/6. A existência de uma graduação (de 1/6 a 2/3) reclama decisão fundamentada com base nos elementos do caso concreto. Na espécie, ante a ausência de fundamentação idônea para a redução apenas em 1/6, é cabível a aplicação da causa especial de diminuição da pena no patamar de 2/3 (dois terços), sendo imperioso o redimensionamento da pena para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão.

3. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, na razão de 2/3 (dois terços), e fixar a reprimenda definitiva em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, além do pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, possibilitando-se a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções. (HC 238.996/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 12/11/2013, DJe 28/11/2013).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. 1. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. PRIMARIEDADE. BONS ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS EM SUA MAIORIA. PENA-BASE PRÓXIMA DO MÍNIMO LEGAL. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. 2. PLEITO DE RECORRER EM LIBERDADE. SUPERVENIENTE TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. PEDIDO PREJUDICADO. 3. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA PARTE, CONCEDIDA.

1. Não obstante seja previsto regime inicial fechado para os condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei nº 11.464/2007, que deu nova redação ao § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/1990, o certo é que a partir do julgamento do HC nº 97.256/RS o Supremo Tribunal Federal admitiu a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

2. Reconhecida a possibilidade de substituição da pena privativa por restritiva de direitos no crime de tráfico de entorpecentes, nas penas inferiores a 4 anos de reclusão, entendo ser razoável a adequação do regime prisional, de acordo com os parâmetros estabelecidos no Código Penal, a fim de que sejam observados os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da individualização da pena. Precedentes.

3. No caso, consoante preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, o regime menos rigoroso se mostra adequado, tendo em vista que as circunstâncias judiciais são favoráveis, tanto que a pena-base foi fixada próxima do mínimo legal, com aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, em seu patamar máximo, considerando, ainda, a pequena quantidade de droga apreendida em seu poder - 0,3 g (três decigramas) de crack -, fazendo jus, portanto, o paciente, **ao regime inicial aberto**.

4. Constatando-se o trânsito em julgado da condenação do paciente, ocorrido em 19/9/2011, o pleito de recorrer em liberdade está prejudicado.

5. **Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, concedido para estabelecer o regime aberto para o início do cumprimento da pena e, afastando o óbice legal previsto no art. 44 da Lei de Drogas, possibilitar a substituição da pena privativa de liberdade por duas medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Penais.** (HC 205.379/SC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 13/03/2012, DJe 02/04/2012)

TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. APLICAÇÃO PELO SENTENCIANTE. AFASTAMENTO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REQUISITOS SUBJETIVOS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. NEGATIVA INJUSTIFICADA. ILEGALIDADE DEMONSTRADA. MINORANTE RESTABELECIDADA.

1. Revela-se ilegal o afastamento pelo Tribunal de origem da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 ao condenado primário e sem antecedentes criminais surpreendido na posse de pequena quantidade de entorpecentes - **8 pedras de crack** - quando a Corte a quo, com base em indícios e na conduta criminosa que lhe foi atribuída e pela qual findou condenado, concluiu que fizesse da traficância sua profissão, sob pena de considerar toda e qualquer ação descrita no núcleo do tipo do art. 33 da Lei 11.343/06 uma situação incompatível com a aplicação da minorante em questão.*

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 44 DA LEI 11.343/06 PELO STF. SUSPENSÃO DA NORMA PELO SENADO. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. REQUISITOS LEGAIS. PREENCHIMENTO. COAÇÃO ILEGAL EVIDENCIADA. BENESSE RESTABELECID.

1. Considerando-se a declaração de inconstitucionalidade incidental, pelo STF, dos arts. 33, § 4º, e 44 da Lei 11.343/2006, na parte em que vedavam a substituição da pena reclusiva por medidas alternativas, e a suspensão da sua execução, pelo Senado Federal, não mais subsiste o fundamento para impedir a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

2. A pequena quantidade do entorpecente capturado - 2,6 gramas de crack - e o fato de o paciente ser primário e sem antecedentes criminais são de molde a justificar a substituição, merecendo ser cassado o aresto impugnado no ponto em que afastou a permuta, restabelecendo-se, assim, a sentença.

REGIME PRISIONAL FECHADO. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. FIXAÇÃO DE MODO DIVERSO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E DESTES STJ. PACIENTE PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. FIXAÇÃO DO MODO ABERTO QUE SE MOSTRA DEVIDA.

1. Diante da declaração de inconstitucionalidade, pelo Plenário do STF, do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, com a redação que lhe foi conferida pela Lei 11.464/07, que estabelecia o modo inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos delitos hediondos, cometidos após a sua entrada em vigor, o regime prisional para esses tipos de crimes deve agora ser fixado de acordo com o previsto no art. 33, e seus parágrafos, do Código Penal.

2. Tendo sido fixada a pena definitivamente em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e verificando-se que o paciente é primário e de bons antecedentes, mostra-se devida a imposição da forma aberta para o início da execução da pena reclusiva, de acordo com o art. 33, § 2º, c, e § 3º, do CP.

3. Writ não conhecido, concedendo-se, contudo, habeas corpus de ofício para, cassando o acórdão impetrado, restabelecer a sentença no ponto em que aplicou a causa de especial aumento de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, findando a sanção do paciente definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão e pagamento de 166 dias-multa, bem como no ponto em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que substituiu a sanção reclusiva por restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviço à comunidade, na razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, e em limitação de fim de semana, e ainda para fixar o regime aberto para o início do seu cumprimento, expedindo-se em seu favor o competente alvará de soltura, se por outro motivo não estiver preso. (HC 252.518/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 11/12/2012, DJe 1º.2.2013).

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*. Contudo, concedo a ordem, de ofício, a fim de modificar o regime inicial para o aberto.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0078083-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 239.685 / MG

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10024101293140001 24101293140001

EM MESA

JULGADO: 10/12/2013

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ADVOGADO : MAURÍCIO ROCHA FONTOURA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PACIENTE : GUILHERME VITOR DE SOUSA

CORRÉU : ANDRÉ WESLEY PEREIRA DOS SANTOS

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

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 da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Rogerio Schietti Cruz votaram com a Sra. Ministra Relatora.