



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 296.945 - SP (2014/0143944-7)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : AUGUSTO GUILHERME BARBOSA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GEORGINIS TABORDA FERREIRA

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO ART. 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/06 NO PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. PECULIARIDADES DO CASO. INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME INICIAL FECHADO DE CUMPRIMENTO DE PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME ABERTO. CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Ministra **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - A aplicação do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, no percentual de 1/2 (metade), se mostra adequado diante das circunstâncias do caso (dentre elas, a quantidade de droga apreendida), haja vista que, no tráfico de entorpecentes, tal fator é relevante para a fixação da reprimenda, **ex vi** do art. 42 da Lei 11.343/06.

III - O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 - com redação dada pela Lei nº 11.464/07. Por conseguinte, não é mais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§2º e 3º do Código Penal.

IV - Outrossim, o **Pretório Excelso**, nos termos da r. decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do **HC n. 97.256/RS**, considerou inconstitucional a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, contida no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06 - cuja execução foi suspensa pelo Senado Federal (Resolução n. 5 de 16/2/2012) -, permitiu a concessão da benesse legal aos condenados pelo crime de tráfico de drogas desde que preenchidos requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

V - **In casu**, o paciente, não reincidente, 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) à pena de **2 (dois) anos, 6 (seis) meses** de reclusão, com a redução em metade em razão da incidência do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, fazendo **jus**, portanto, ao regime aberto de cumprimento de pena, **ex vi** do art. 33, §2º, alínea "c" e §3º, do Código Penal.

VI - Revela-se, portanto, adequado a manutenção do regime inicial aberto ao paciente, estabelecido na decisão liminar, condenado a pena inferior a 4 (quatro) anos, primário, ostentando condições judiciais favoráveis. À luz do art. 44 do mesmo diploma normativo, o paciente também faz **jus** à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. **Habeas corpus** não conhecido.

Ordem concedida de ofício para, confirmando a liminar, tão somente fixar o regime aberto para cumprimento de pena, com a consequente conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal, a ser estabelecida pelo juízo **a quo**.

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 Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) e Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 02 de dezembro de 2014 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 296.945 - SP (2014/0143944-7)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em benefício de GEORGINIS TABORDA FERREIRA, apontando como autoridade coatora o eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado às penas de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado e ao pagamento de 250 dias-multa pela prática do delito tipificado no art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006.

Irresignada, a defesa **interpôs apelação** perante o eg. Tribunal **a quo** por meio do qual buscava a desclassificação do delito para o art. 28 da citada lei ou, subsidiariamente, a redução das penas, a imposição de regime prisional menos severo e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. O apelo, por unanimidade, foi desprovido.

Daí o presente **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, no qual postula o impetrante que seja estabelecida a causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 no patamar máximo, a fixação do regime inicial aberto e, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi deferida parcialmente para fixar o regime inicial aberto, às fls. 44-47.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 62-65, opinou pelo não conhecimento do **writ** e, se conhecido, pela denegação da ordem. Eis a ementa do parecer ministerial:

"EMENTA: HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RACIONALIZAÇÃO NO USO DO MANDAMUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE FIXAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4, DA LEI Nº 11.343/2006 NO SEU PATAMAR MÁXIMO, ALTERANDO-LHE O REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. NÃO OBSTANTE O AFASTAMENTO, PELO STF, DA IMPOSIÇÃO LEGAL PREVISTA NO ART. 2º, §1º, DA LEI Nº 8.072/90 (HC 111.840/ES), O REGIME MAIS GRAVOSO SE MOSTRA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NECESSÁRIO NO CASO CONCRETO. 119 INVÓLUCROS PLÁSTICOS DE "CRACK". PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE NO CASO CONCRETO. PELO NÃO CONHECIMENTO DA ORDEM E, CASO ULTRAPASSADO O ÓBICE, PELA SUA DENEGAÇÃO" (fl.62).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 296.945 - SP (2014/0143944-7)

EMENTA

PENAL. HABEAS CORPUS
SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO
CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO
JURISPRUDENCIAL. TRÁFICO DE
ENTORPECENTES. INCIDÊNCIA DA
MINORANTE DO ART. 33, §4º, DA LEI Nº
11.343/06 NO PATAMAR MÁXIMO.
IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE DA DROGA
APREENDIDA. PECULIARIDADES DO CASO.
INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME
INICIAL FECHADO DE CUMPRIMENTO DE
PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS
FAVORÁVEIS. REGIME ABERTO. CONVERSÃO
DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM
RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE.
PRECEDENTES. HABEAS CORPUS NÃO
CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE
OFÍCIO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Ministra **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - A aplicação do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, no percentual de 1/2 (metade), se mostra adequado diante das circunstâncias do caso (dentre elas, a quantidade de droga apreendida), haja vista que, no tráfico de entorpecentes, tal fator é relevante para a fixação da reprimenda, **ex vi** do art. 42 da Lei 11.343/06.

III - O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 - com redação dada pela Lei nº 11.464/07. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§2º e 3º do Código Penal.

IV - Outrossim, o **Pretório Excelso**, nos termos da r. decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do **HC n. 97.256/RS**, considerou inconstitucional a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, contida no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06 - cuja execução foi suspensa pelo Senado Federal (Resolução n. 5 de 16/2/2012) -, permitiu a concessão da benesse legal aos condenados pelo crime de tráfico de drogas desde que preenchidos requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

V - **In casu**, o paciente, não reincidente, 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) à pena de **2 (dois) anos, 6 (seis) meses** de reclusão, com a redução em metade em razão da incidência do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, fazendo **jus**, portanto, ao regime aberto de cumprimento de pena, **ex vi** do art. 33, §2º, alínea "c" e §3º, do Código Penal.

VI - Revela-se, portanto, adequado a manutenção do regime inicial aberto ao paciente, estabelecido na decisão liminar, condenado a pena inferior a 4 (quatro) anos, primário, ostentando



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condições judiciais favoráveis. À luz do art. 44 do mesmo diploma normativo, o paciente também faz **jus** à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. **Habeas corpus** não conhecido.

Ordem concedida de ofício para, confirmando a liminar, tão somente fixar o regime aberto para cumprimento de pena, com a consequente conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal, a ser estabelecida pelo juízo **a quo**.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Ministra **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014).

As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Na presente impetração busca-se a fixação do regime aberto, a substituição da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a aplicação da redução da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, em sua fração máxima.

Postula o impetrante pela incidência da minorante ao argumento de que *verifica-se, de antemão, que a quantidade e variedade de drogas são circunstâncias que não podem ser avaliadas na terceira fase da aplicação da pena e, portanto, ao fazê-lo, a autoridade coatora ofendeu o disposto no artigo 33. § 4º, da Lei de Drogas, assim como o princípio da legalidade, vez que se utilizou de critério não previsto em lei para prejudicar o réu*" (fl. 3).

Esta eg. Corte vem decidindo que a expressiva quantidade de droga apreendida, **aliada a outras circunstâncias próprias do caso concreto**, ora pode impedir a incidência do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, - caso em que estará evidenciada a dedicação à atividade criminosa -, ora como fator que, embora não impeça a aplicação da causa de diminuição, será tomada como parâmetro para definir o **quantum** da redução da pena.

Na espécie, contudo, tenho que o v. acórdão vergastado, confirmando a r. sentença, considerou o tipo e a quantidade de droga apreendida com o paciente circunstâncias aptas a evidenciar que ele dedicar-se-ia à atividade criminosa, reduzindo, por conseguinte, a pena em metade, **ex vi** do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, nos seguintes termos, **verbis**:

"Tampouco as penas exigem ajuste, porquanto o recorrente foi inadvertidamente beneficiado com a manutenção das básicas no piso, embora transportasse significativa quantidade de crack, e, ainda, com a redução de 1/2, diante da aplicação do redutor previsto no §4º, artigo 33, da Lei nº 11.343/06, porque, embora primário e sem antecedentes, há nos autos elementos de convicção suficientes a comprovar que não praticava o comércio ilícito pela primeira vez, ao inverso, que se dedicava ao tráfico de modo habitual, mormente diante da quantidade do entorpecente apreendido, a revelar que não se tratava de traficante eventual, mas que exercia a atividade ilícita de modo reiterado e organizado, emergindo, portanto, inequívoco o seu envolvimento com atividade criminosa, notadamente traficantes de maior porte, seus fornecedores ou patrões, constatando-se, pois, incomensuráveis os danos que causou à saúde pública" (fls. 35-36).

Colaciono o seguinte excerto da r. sentença condenatória:

"No entanto, dada a expressiva quantidade de invólucros plásticos contendo cocaína na forma de crack - 119 pedras - individualmente embaladas e prontas para a venda à varejo, reduzo a pena em 1/2(metade), o que perfaz, em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

definitivo, 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, além de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no piso. A extrema nocividade do crack, assim como a grande quantidade da substância, bem justifica a aplicação da menor redução, havendo que se considerar, na hipótese vertente, o elevado risco impingido à Saúde Pública" (fl. 26 - grifei).

Com efeito, o art. 42, da Lei 11.343/2006, determina que, na fixação da reprimenda, além das circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal, sejam também consideradas, com preponderância, a **natureza e a quantidade da substância** ou do produto, haja vista que, no tráfico de entorpecentes, tais fatores são relevantes, tendo a finalidade de conferir isonomia aos infratores, dando tratamentos desiguais para os que são diferentes.

Nesse sentido:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO ART. 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/06. PECULIARIDADES DO CASO. PRIMARIEDADE. REDUÇÃO EM PATAMAR INFERIOR AO MÁXIMO LEGAL. REGIME ABERTO. CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

III - A expressiva quantidade de droga apreendida, aliada a outras circunstâncias próprias do caso concreto, ora pode impedir a incidência da referida minorante - caso em que estará evidenciada a dedicação à atividade criminosa (Precedentes), ora como fator que, embora não impeça a aplicação da causa de diminuição, será tomada como parâmetro para definir o quantum da redução da pena.

IV - In casu, a quantidade de droga apreendida, por si só, não se revela expressiva a ponto de impedir a incidência da minorante, ainda mais diante da inexistência de outras circunstâncias do caso concreto que autorizariam a conclusão de que o paciente dedica-se à atividade do tráfico.

V - Assim, tendo em vista que o paciente Diego é primário, expressamente reconhecido na sentença, não registra maus antecedentes e a quantidade de droga apreendida não evidencia, por si só, sua dedicação à atividade criminosa, nem que integra organização criminosa, é de rigor a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Porém, no percentual de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1/2 (metade), diante das circunstâncias do caso (dentre elas, a quantidade e natureza de droga apreendida), haja vista que, no tráfico de entorpecentes, tal fator é relevante para a fixação da reprimenda, ex vi do art. 42 da Lei 11.343/06.

[...]

Ordem concedida de ofício em relação ao paciente Diego Santos Freitas para aplicar a causa de diminuição da pena do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06 no percentual de 1/2 (metade), fixando o regime aberto para cumprimento de pena, com a consequente conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal, a ser estabelecida pelo juízo a quo" (HC n. 274017/SP, **Quinta Turma, de minha relatoria**, DJe de 17/11/2014).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06, EM SEU PATAMAR MÍNIMO. QUANTUM DESPROPORCIONAL. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGAS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. INCIDÊNCIA DO ART. 46 DA LEI DE DROGAS. SEMI-IMPUTABILIDADE RECONHECIDA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. GRADAÇÃO DO REDUTOR CONFORME O GRAU DE INCAPACIDADE DO RÉU. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. ART. 2º, § 1º, DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS.

[...]

2. O legislador não definiu os critérios a serem adotados pelo magistrado para a escolha do percentual de redução da pena do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06. Dessa forma, compete ao Juiz de primeiro grau, dentro do seu livre convencimento motivado, considerar as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, e, especialmente, a natureza e a quantidade de droga, a teor do disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/061, para determinar o quantum de diminuição da reprimenda.

3. Na espécie, as instâncias ordinárias aplicaram a referida minorante no patamar de 1/6 (um sexto), em razão de terem sido apreendidas em poder do paciente 12 (doze) porções de cocaína, pesando aproximadamente 2,0g (duas gramas).

4. **Em observância ao princípio da proporcionalidade, não se justifica a aplicação do aludido redutor em seu grau mínimo, visto que a quantidade de droga apreendida em poder do paciente não se apresenta exacerbada, a ponto de revelar maior reprovabilidade na ação delituosa. Contudo, tratando-se a cocaína de substância de elevada toxicidade e nocividade à saúde humana, impõe-se a diminuição da**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena em metade (1/2), por mostrar-se suficiente à repressão e prevenção ao crime" (HC n. 167376/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe de 1º/10/2014 - grifei).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. PENA-BASE. PRETENDIDA REDUÇÃO. MATÉRIA SUPERADA. MINORANTE. REQUISITOS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. REGIME. VEDAÇÃO LEGAL. AFASTAMENTO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PRISÃO-PENA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Uma vez que a Corte estadual, quando do julgamento da apelação, reduziu a pena-base do paciente para o mínimo legal, fica superada a alegação de que a reprimenda deveria ser diminuída na primeira fase da dosimetria, pelo afastamento dos maus antecedentes.

2. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do(a) acusado(a), que este(a) não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.

3. No caso, embora a Corte estadual tenha entendido inviável o reconhecimento da minorante referida, em razão de se ter apurado que o paciente "detinha, para expor à venda em local conhecido como polo de mercancia, cerca de quarenta e nove porções de entorpecentes diversos (cocaína, crack e maconha)", em nenhum momento concluiu que tais circunstâncias efetivamente evidenciariam que o acusado se dedicaria a atividades delituosas ou integraria organização criminosa.

4. Reconhecida a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/1990, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da reprimenda imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto (como, por exemplo, a quantidade e a natureza de drogas apreendidas), para que, então, seja escolhido o regime carcerário que, à luz do disposto no artigo 33 e parágrafos do Código Penal, se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

[...]

6. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, nos termos do voto do Relator" (HC n. 211092/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 9/10/2014).

Na mesma linha dos precedentes colacionados, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, **verbis**:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06). CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. INCIDÊNCIA EM PATAMAR INFERIOR AO MÁXIMO PREVISTO. VIABILIDADE. NATUREZA, DIVERSIDADE E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. ELEMENTO INDICATIVO DO GRAU DE ENVOLVIMENTO DO AGENTE COM A CRIMINALIDADE. ALTO POTENCIAL LESIVO DA DROGA APREENDIDA. FATOR RELEVANTE PARA A GRADAÇÃO DA MINORANTE. AUSÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS . INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA MAIS SEVERO DO QUE O PREVISTO SEGUNDO O SEU QUANTUM. GRANDE QUANTIDADE E DIVERSIDADE DOS ENTORPECENTES ENCONTRADOS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 44, III, DO CÓDIGO PENAL. RECURSO DESPROVIDO.

1. A redução da pena em virtude da minorante prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006, quando presentes os requisitos para a concessão do benefício, é regra in procedendo aplicável segundo a discricionariedade judicial, viabilizando que o magistrado fixe, fundamentadamente, o patamar que entenda necessário e suficiente para a reprovação do crime. Precedentes: HC 99.440/SP, Relator Ministro Joaquim Barbosa e HC 102.487/MS, Relator Ministro Ricardo Lewandowski.

2. O tráfico privilegiado, com minorante aplicável na terceira fase da dosimetria, pode ter sua extensão definida à luz do montante da droga apreendida, permitindo ao magistrado movimentar a redução dentro da escala penal de um sexto a dois terços, mediante o reconhecimento do menor ou maior envolvimento do agente com a criminalidade, máxime por ser conhecida no processo penal a figura da presunção hominis ou facti, consoante precedentes da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (Doutrina: LEONE, Giovanni. Trattato di Diritto Processuale Penale. v. II. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1961. p. 161-162).

3. A Primeira Turma deste Supremo Tribunal vem reconhecendo a possibilidade de considerar-se a natureza e a quantidade da droga apreendida como elementos indicativos 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. Precedentes: HC 107581, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 28/08/2012; HC 102487, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 01/06/2010.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

5. No caso sub examine, o regime semiaberto foi devidamente fixado com fundamento na quantidade e na variedade da droga apreendida, bem como nas circunstâncias do caso concreto. Precedentes: HC 108.487, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 14/09/2012 e RHC 101.278, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 21/05/2010.

6. A conversão de pena privativa de liberdade em restritiva de direitos depende do atendimento dos requisitos fixados no art. 44 do Código Penal, o que não ocorre na hipótese, uma vez que as circunstâncias de caso demonstram que a substituição da pena seria insuficiente e inadequada para reprovação e prevenção do delito.

7. A mesma base legal invocada para impor o regime de cumprimento mais severo que o decorrente da pena aplicada serve de fundamento para negar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, consoante art. 44, III, do Código Penal. Precedente: HC 112.821, Rosa Weber, 1ª Turma, DJe de 11/10/2012.

9. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido" (RHC n. 119.122/ES, **Primeira Turma**, Rel. Min. **Luiz Fux**, DJe de 5/12/2013, **grifei**).

No que tange à fixação do regime aberto e consequente substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, trago à colação o seguinte excerto da r. sentença condenatória:

"O tráfico ilícito de drogas é crime equiparado aos hediondos, sendo vedada a aplicação dos substitutivos penais (CP, art. 44), do "sursis" ou de benesses correlatas. Deverá o sentenciado iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime fechado, consoante norma cogente do artigo 2º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8072/90" (fl. 26).

O eg. Tribunal **a quo**, por ocasião do recurso de apelação aviado pelo paciente, ao se manifestar sobre a impossibilidade de substituição de penas, assim consignou no v. acórdão reprochado, **verbis**:

*"Descabe, ainda, a substituição da carcerária por restritiva de direitos porque, pese embora o teor da recente Resolução nº 5/2012 do Senado Federal, fundada na decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS, em controle difuso de constitucionalidade, **permanece impossível, data venia, a substituição prevista no artigo 44 do Código Penal, ou mesmo a concessão de sursis, em casos tais, pois o crime de tráfico de entorpecentes é de gravidade peculiar que desestabiliza a vida em sociedade e fere de morte a saúde pública, porque fomenta, simultânea e irremediavelmente - até as pedras estão cansadas de saber-, a violência, a***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*destruição dos lares e das famílias e a prática de n crimes, sobretudo para o fim de viabilizá-lo, tanto assim que, por força de norma constitucional, é assemelhado aos delitos hediondos, o que se mostra incompatível com a substituição da carcerária por restritivas de direitos ou com a suspensão condicional da pena, razão pela qual não se consegue compreender ou avaliar, por mais que se esforce, qual seria a pena alternativa ou as condições do **sursis** adequadas, suficientes e condizentes ao traficante, indivíduo sem escrúpulos que tem como único objetivo o ganho fácil, na medida em que não se importa com a ruína da vida alheia, emergindo sintomático que - até o momento - jurista sério algum tenha ousado sugerir-las, pois, evidentemente incompatíveis com a índole nefasta de quem certamente trará incomensuráveis riscos aos incautos que dele se aproximarem, podendo-se imaginar, lamentavelmente, as trágicas e irreversíveis conseqüências que traria, é óbvio, ao prestar serviços à comunidade ou a entidades públicas, por exemplo, em hospitais, faculdades, igrejas, centros de recuperação de viciados, escolas, prefeituras, centros de saúde, ou até mesmo em delegacias de polícia ou em batalhões da polícia militar ou das forças armadas, etc., diante da aglomeração de pessoas que normalmente ocorrem nesses sítios, propiciando-lhe clientela fácil, tudo a evidenciar que as penas alternativas ou o **sursis** não se adequam a quem se dedica à mercancia, porque aquém do necessário para a correta retribuição estatal a prática ilícita dessa magnitude e potencialidade lesiva e porque insuficiente para a mínima proteção à saúde e segurança públicas" (fl. 36 - grifei).*

Depreende-se tanto da sentença condenatória, quanto do v. acórdão objurgado que o fundamento para fixar o regime fechado e justificar a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos cingiu-se tão somente ao caráter da hediondez do delito.

O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 - com redação dada pela Lei nº 11.464/07. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§2º e 3º do Código Penal.

Acerca da substituição de pena, o **Pretório Excelso**, nos termos da r. decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do **HC n. 97.256/RS**, considerou inconstitucional a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, contida no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06 - cuja execução foi suspensa pelo Senado Federal (Resolução n. 5 de 16/2/2012) -, e permitiu a concessão da benesse legal aos condenados pelo crime de tráfico de drogas desde que preenchidos requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

In casu, o paciente, não reincidente, 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) à pena de **2 (dois) anos e 6 (seis) meses** de reclusão - devidamente reduzida em razão da incidência do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, e, com a redução pela metade 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. À luz do art. 44 do Código Penal, deve-se proceder à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO.DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O DO STF. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, §4.", DA LEI Nº 11.343/2006. QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO,PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, NO PATAMAR DE METADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE.POSSIBILIDADE, EM TESE. RESOLUÇÃO N." 05/2012, DO SENADO FEDERAL. REGIME PRISIONAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 2." DA LEI N." 8.072/90 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CABÍVEL O REGIME INICIAL ABERTO. SÚMULA N.º 440/STJ. APELO EM LIBERDADE. PREJUDICIALIDADE. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE PREJUDICADO E, NO MAIS, NÃO CONHECIDO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4.O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC nº 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

5.O Paciente, réu primário, foi condenado a pena reclusiva inferior a 04 anos de reclusão, sendo-lhe favoráveis todas as circunstâncias judiciais. Portanto, não é legítimo agravar o regime de cumprimento da pena, a teor do disposto no art. 33, § 2. alínea c, e § 3." do Código Penal. Incidência da Súmula n." 440/STJ.

6.O Plenário da Suprema Corte, nos autos do HC n." 111.840/ES, julgou improcedente o recurso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

97.256/RS, julgou inconstitucional a vedação contida no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006. No caso, preenchidos os requisitos legais, o Paciente faz jus à substituição da reprimenda privativa de liberdade.

7. Ordem de habeas corpus parcialmente prejudicada e, no mais, não conhecida. Ordem parcialmente concedida ex officio para, mantida a condenação, fixar o regime prisional aberto e substituir a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, devendo as regras aplicáveis ao regime e as penas substitutivas serem fixadas pelo Juízo das Execuções Penais." (HC 237.702/SP, 5.ª Turma, Rei. Min. LAURITA VAZ, DJe de 02/12/2013.)" (fls. 45-46).

Ante o exposto, não conheço do **habeas corpus**. **Concedo a ordem de ofício** para, confirmando a liminar, tão somente fixar o regime aberto de cumprimento de pena, com a consequente conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal, a ser estabelecida pelo juízo **a quo**.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0143944-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 296.945 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0027449262013 00274492620138260050 20140000240470 27449262013
274492620138260050

EM MESA

JULGADO: 02/12/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : AUGUSTO GUILHERME BARBOSA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GEORGINIS TABORDA FERREIRA

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 Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) e Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.