



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 303.665 - SP (2014/0227672-3)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MARIA VICTÓRIA DE BARROS CAMPOS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROGÉRIO MARTINS PEREIRA (PRESO)

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 11.343/06. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DA DROGA APREENDIDA. REDUÇÃO EM PATAMAR INFERIOR AO MÁXIMO LEGAL. PRIMARIEDADE. REGIME INICIAL FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE. 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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que o paciente dedica-se à atividade do tráfico.

V - Assim, tendo em vista que o paciente 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 1/2 (metade), diante das circunstâncias do caso (dentre elas, a quantidade e diversidade de drogas apreendidas), 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.

VI - O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2.º, § 1.º, 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.

VII - O **Pretório Excelso**, nos termos da r. decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do **HC n. 97.256/RS**, ao considerar 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.

VIII - **In casu**, 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) à pena de **5 (cinco) anos** de reclusão, 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.

IX - Revela-se adequado, na hipótese, consoante o disposto no art. 33, §§2º e 3º, do Código Penal, a imposição do regime inicial aberto ao paciente, condenado a pena inferior a 4 (quatro) anos, primário, ostentando condições judiciais favoráveis.

X - À luz do art. 44 do CP, o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício 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**.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Brasília (DF), 04 de dezembro de 2014 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 303.665 - SP (2014/0227672-3) RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em benefício de ROGÉRIO MARTINS PEREIRA, contra v. acórdão do eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado às penas de 5 anos de reclusão, em regime fechado e ao pagamento de 500 dias-multa pela prática do delito tipificado no art. 33, **caput**, da Lei 11.343/2006.

Irresignada, a defesa **interpôs apelação** perante o eg. Tribunal **a quo** por meio do qual buscava a redução da pena imposta, a fixação de regime prisional mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. O apelo, por unanimidade, foi desprovido, em ementa cujo teor transcrevo a seguir:

*"Apelação - Defesa - Tráfico de Drogas - Materialidade e autoria comprovadas - Réu preso em flagrante - Circunstâncias reveladoras do crime de tráfico de entorpecentes - Pena - Dosimetria - Pena fixada no mínimo legal - Causa de Diminuição - Artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 - Descabimento - Redução que deve se voltar às hipóteses em que o acusado não faz da narcotraficância seu meio de vida - Regime Aberto - Impossibilidade - Pena Privativa de Liberdade - Restritiva de Direitos - Substituição - Impossibilidade - Mercê incompatível com delitos de natureza equiparada a hedionda - Necessidade de maior repressão ao tráfico de entorpecentes - Regime fechado que se impõe - Condenação ao pagamento da taxa judiciária - A condição financeira do réu e a eventual impossibilidade de cumprimento da obrigação serão avaliadas pelo Juízo das Execuções - Sentença integralmente mantida
Recurso de Apelação Desprovido (fl. 24).*

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, 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 semiaberto, até o término do julgamento deste **writ** às fls. 38-40.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

As informações foram prestadas às fls. 54-87.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 98-114, opinou pelo não conhecimento do **writ**, com a concessão da ordem de ofício para aplicar a minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, em seu grau máximo (2/3) e, após o redimensionamento da pena, fixar o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo da Execução.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 303.665 - SP (2014/0227672-3)

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 11.343/06.
QUANTIDADE E DIVERSIDADE DA DROGA
APREENDIDA. REDUÇÃO EM PATAMAR
INFERIOR AO MÁXIMO LEGAL.
PRIMARIEDADE. REGIME INICIAL FECHADO.
INCONSTITUCIONALIDADE. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem 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 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 1/2 (metade), diante das circunstâncias do caso (dentre elas, a quantidade e diversidade de drogas apreendidas), 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.

VI - O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2.º, § 1.º, 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.

VII - O **Pretório Excelso**, nos termos da r. decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do **HC n. 97.256/RS**, ao considerar 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pelo crime de tráfico de drogas desde que preenchidos requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

VIII - **In casu**, 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) à pena de **5 (cinco) anos** de reclusão, 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.

IX - Revela-se adequado, na hipótese, consoante o disposto no art. 33, §§2º e 3º, do Código Penal, a imposição do regime inicial aberto ao paciente, condenado a pena inferior a 4 (quatro) anos, primário, ostentando condições judiciais favoráveis.

X - À luz do art. 44 do CP, o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício 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**.

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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 alinham-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 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.

Postula o impetrante pela incidência da minorante ao argumento de que a droga apreendida em poder do paciente não pode ser considerada expressiva para fundamentar a não aplicação do redutor do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06.

Quanto ao reconhecimento da incidência do redutor inserto no §4º do art.33 da Lei 11.343/06, a súplica comporta acolhida, em parte. Para o deslinde da controvérsia é importante verificar o seguinte excerto da r. sentença condenatória:

"Inviável a aplicação do parágrafo quarto do artigo 33, da Lei 11343/06, posto que ausentes os requisitos legais para tanto. A quantidade e diversidade das drogas apreendidas afasta qualquer dúvida de que o denunciado dedicava-se ao tráfico, fato, aliás, por ele admitido informalmente pelo próprio acusado aos policiais militares que o abordaram" (fl. 15).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O eg. Tribunal **a quo**, por ocasião do recurso de apelação aviado pelo paciente, assim consignou no v. acórdão reprochado para não manter a incidência da minorante, **verbis**:

"Em que pese a pretensão da defesa para aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006, entendo inaplicável esta causa especial de redução da pena, uma vez que a quantidade de drogas apreendidas - 78 porções de crack -, bem indica a dedicação efetiva e não eventual à venda de substâncias entorpecentes, não parecendo coerente que o réu, desempregado - não fez prova de algum vínculo com atividade lícita estivesse de posse de tais drogas, de valor considerável, sem que a tanto não estivesse ligado a outros indivíduos versados na mesma criminalidade" (fl. 29).

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.

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.

Na espécie, contudo, tenho que o tipo e a quantidade de droga apreendida com o paciente (**78 invólucros de "crack", com peso de 15,6gr; e 9 porções de maconha, com peso de 2gr**), **por si só**, não se revela apta a evidenciar que ele dedicava-se à atividade criminosa ou integra organização criminosa. Ademais, não foram declinadas as circunstâncias do caso concreto que corroborariam tal conclusão.

Assim, tendo em vista que o paciente é primário (conforme reconhecido na sentença - fl. 15), 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 11.343/2006. Entretanto, em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consonância com o art. 42 da nova Lei de Tóxicos, utilizo a **quantidade e diversidade** de droga apreendida, **(15,6gr de "crack" e 2gr de maconha)** como parâmetro, diminuindo a pena aplicada em 1/2 (metade).

Veja-se os seguintes precedentes:

"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 pena em metade (1/2), por mostrar-se suficiente à reprovação 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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**:

"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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

[...]

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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**).

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 e do art. 59, ambos do Código Penal, bem como os verbetes 440 da súmula do Superior Tribunal de Justiça e 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal (HC n. 277.310/SP, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, **Quinta Turma**, DJe de 2/9/2014).

O **Pretório Excelso**, outrossim, nos termos da r. decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do **HC n. 97.256/RS**, ao considerar 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.

O paciente, 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) à pena de **5 (cinco) anos** de reclusão, 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 mesmo diploma normativo, o referido paciente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

também faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ante o exposto, não conheço do **habeas corpus**. **Concedo**, entretanto, a **ordem de ofício** para aplicar a causa de diminuição da pena do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06 no percentual de 1/2 (metade), fixando o regime aberto para o cumprimento da 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: 2014/0227672-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 303.665 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00995243420118260050 18682011 995243420118260050

EM MESA

JULGADO: 04/12/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MARIA VICTÓRIA DE BARROS CAMPOS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROGÉRIO MARTINS PEREIRA (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 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.