



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 372.209 - SP (2016/0249493-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RITA DE CASSIA GANDOLPHO - SP293626
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EMERSON NASCIMENTO DE SOUZA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA. INVIABILIDADE. NATUREZA E VARIEDADE DA DROGA QUE JUSTIFICAM O PATAMAR. PRECEDENTES. REGIME PRISIONAL FECHADO. QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVA. PACIENTE PRIMÁRIO, CONDENADO A PENA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS, COM CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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

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

3. A natureza, a variedade da droga constituem fundamento idôneo para justificar a fixação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, em patamar inferior ao máximo legal.

4. Em relação ao regime, como é cediço, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

5. Na espécie, embora a natureza e a diversidade dos entorpecentes tenham sido ponderadas de forma negativa na terceira fase da dosimetria da pena, a quantidade não é expressiva o suficiente para ensejar a fixação do regime mais gravoso. Dessa forma, sendo o paciente primário, condenado a pena não superior a 4 anos, faz jus ao regime aberto, na esteira do disposto no art. 33, § 2º, alínea "b" e 3º, do Código Penal.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, substituída a pena corporal por medidas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Penais.

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, prosseguindo no julgamento, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 11 de outubro de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 372.209 - SP (2016/0249493-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RITA DE CASSIA GANDOLPHO - SP293626
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EMERSON NASCIMENTO DE SOUZA

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, sem pedido de liminar, impetrado em favor de EMERSON NASCIMENTO DE SOUZA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0003455-95.2014.8.26.0320).

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei de Drogas, à pena de 5 anos de reclusão, em regime fechado.

Interposta apelação, o Tribunal local deu parcial provimento ao recurso, para aplicar a redutora prevista no art. 33, § 4º da Lei de Drogas, redimensionando a pena para 3 anos e 4 meses de reclusão, nos seguintes termos (fls. 53/58):

Tráfico ilícito de drogas - Coesão e harmonia do quadro probatório - Circunstâncias do episódio que positivam a traficância - Validade dos depoimentos policiais - Condenação mantida.

Aplicação do § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06 - Necessidade ante as peculiaridades do caso e a primariedade do réu Redução sob a terça parte consentânea, a par das peculiaridades do caso, que contou com apreensão de quantidade de drogas, de diversas naturezas, com alto poder viciante, que não extrapolou o curial à espécie.

Conversão da privativa de liberdade em restritivas de direitos - Hediondez do delito que não se coaduna com a natureza das penas alternativas.

Regime prisional fechado

Necessidade ante a gravidade concreta do delito perpetrado, que, a par de sua hediondez, contou com apreensão de drogas de notória nocividade, certos seu potencial de disseminação e sua natureza desagregadora.

Apelo defensivo provido em parte.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No presente *writ*, a impetrante alega que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, tendo em vista a não aplicação da redutora no patamar máximo, ainda que presentes os requisitos para tanto, bem como a fixação do regime mais gravoso.

Dessa forma, requer o redimensionamento da pena e a fixação do aberto.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 67/75 pela concessão parcial da ordem:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA (ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/06). PLEITO PELA APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA DE 2/3. DECISÃO FUNDAMENTADA. LEGALIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA FUNDAMENTADA NA HEDIONDEZ DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PRECEDENTES. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO WRIT E, NO MÉRITO, PELA CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM, A FIM DE SER REAVALIADO O REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 372.209 - SP (2016/0249493-5)

VOTO

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

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

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 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. 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 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

[...] Habeas corpus não conhecido.

(HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...].

(STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, em princípio, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se, na presente oportunidade, o reconhecimento de constrangimento ilegal na aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 na fração de 1/3 e na fixação do regime inicial fechado.

Como cediço, a dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

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

Veja-se o que foi consignado pelo Tribunal local ao aplicar o redutor na fração de 1/3 (fl. 155):

Desta forma, em observância ao artigo 42 da Lei de Drogas, alinhado às diretrizes do artigo 59 do Estatuto Repressivo, a par das peculiaridades do caso, que contou com apreensão de droga, de reconhecida nocividade, cuja quantidade não extravasou o curial à espécie, de bom alvitre a redução das penas sob a terça parte, obtendo-se 03 anos e 04 meses de reclusão e 333 dias- multa, no menor valor unitário, penas essas tornadas definitivas, ausentes circunstâncias modificadoras.

Assim, o fundamento utilizado pelo Tribunal de origem para fixar a fração de 1/3 - natureza das drogas (cocaína e crack) - é idônea, conforme se observa do seguinte julgado desta Corte Superior:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. PRETENSÃO DE REDUÇÃO MÁXIMA. QUANTUM JUSTIFICADO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Por se tratar de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento, restando apenas a avaliação de flagrante ilegalidade.

2. Reconhecida a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em seu grau mínimo, inviável a aplicação do redutor em seu patamar máximo, estando fundamentada a decisão que justifica o quantum de redução em virtude da natureza e da quantidade de droga apreendida - 40 "ependorfs" de cocaína e 2 pedras de "crack", ao peso de 30,90 gramas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, não é possível a pretendida substituição. Ademais, o paciente foi beneficiado com a progressão para o regime aberto.

4. Habeas corpus prejudicado quanto ao regime inicial de cumprimento da pena e, no mais, não conhecido.

(HC 363.122/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/09/2016, DJe 16/09/2016)

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

No caso, o regime inicial fechado foi mantido pelos seguintes fundamentos (57/58):

Adequada, pois, a fixação do regime inicial fechado ante a gravidade concreta do delito perpetrado; in casu, suficiente a cocaína apreendida, cuja nocividade não se desconhece, para dezenas de 'carreiras', a serem cheiradas, pelos incautos compradores.

Precedente do C. Superior Tribunal de Justiça: HC 257327/ES, Rei. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 06/06/2013, DJe 21/06/2013.

A hediondez do delito de tráfico de drogas, verdadeiro fomentador de crimes das mais variadas estirpes, no mais praticados sob o manto da violência não se coaduna com a natureza das penas alternativas ou mesmo com regimes prisionais menos severos que o fechado, insuficientes para a hipótese e socialmente não recomendáveis.

Ademais, não se pode impingir à Sociedade a convivência com aqueles que não só provocam sua desestruturação, como não compartilham dos valores por ela professados, estando, no mais, em íntima ligação, os delitos de tráfico de drogas, com delitos extremamente graves, praticados sob as mais variadas formas de violência.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Portanto, na espécie, embora a natureza e a diversidade dos entorpecentes tenham sido ponderadas de forma negativa na terceira fase da dosimetria da pena, a quantidade não é expressiva o suficiente (13 gramas de cocaína, pura e sob a forma de *crack*, distribuídos respectivamente em 15 papelotes e 14 pedras - e-STJ fl. 55) para ensejar a fixação do regime mais gravoso.

Dessa forma, sendo o paciente primário, à época com menos de 21 anos, condenado a pena não superior a 4 anos, faz jus ao regime aberto, na esteira do disposto no art. 33, §§ 2º, alínea "b" e 3º, do Código Penal.

No mais, pertinente a substituição da referida pena corporal por medidas restritivas de direitos. A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL TOTAL DE 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PEQUENA QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. FRAÇÃO REDUTORA DE 2/3 APLICADA. PENA REDUZIDA PARA PATAMAR INFERIOR A 4 ANOS. PEQUENA QUANTIDADE DA DROGA. PACIENTE PRIMÁRIO. FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

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

- Hipótese em que as instâncias ordinárias aplicaram a fração intermediária de redução pela causa de diminuição prevista no § 4º



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 com lastro na natureza e diversidade das drogas apreendidas, argumentos que se alinham à jurisprudência desta Corte. Todavia, apesar de o caso tratar do tráfico de dois tipos altamente nocivos de droga, a quantidade apreendida (2,6 gramas de crack e 5,3 gramas de cocaína) não foi tão elevada a ponto de justificar a fração escolhida, sendo adequada ao caso, portanto, a aplicação da redução em 2/3.

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

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

- No que tange à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ao analisar o HC n.

97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir tal possibilidade, nos termos do art. 44 do Código Penal, reconhecendo a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, através da Resolução n. 5/2012.

- Hipótese em que, considerando o novo montante da pena corporal, qual seja, 1 ano e 8 meses de reclusão, a primariedade do acusado e a pequena quantidade da droga apreendida, deve ser fixado, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal, o regime aberto para cumprimento da pena e substituída a pena corporal por duas medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Penais, ante o trânsito em julgado da condenação.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, redimensionando as penas do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, mais o pagamento de 166 dias-multa, substituída a pena corporal por medidas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Penais.

(HC 367.855/SP, por mim relatado, QUINTA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 04/10/2016)

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem**, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, substituída a pena corporal por medidas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Penais.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0249493-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 372.209 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00034559520148260320 06442013 20150000971100 34559520148260320 6442013

EM MESA

JULGADO: 04/10/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RITA DE CASSIA GANDOLPHO - SP293626
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EMERSON NASCIMENTO DE SOUZA

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:

"Após o voto do Sr. Ministro Relator não conhecendo do pedido e concedendo "Habeas Corpus" de ofício, pediu vista, antecipadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer."

Aguardam os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Jorge Mussi.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 372.209 - SP (2016/0249493-5)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus**, impetrado em substituição ao recurso ordinário, no qual o impetrante sustenta constrangimento ilegal decorrente de que, ao ser condenado pelo crime de tráfico de drogas, o eg. Tribunal de Justiça de São Paulo **fez incidir a minorante do par. 4º, do art. 33, da Lei de Drogas, no patamar de um terço da pena**, fixando, entretanto, o **regime fechado** para o início de cumprimento da reprimenda.

O em. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca** proferiu voto no sentido de não conhecer do **habeas corpus**, concedendo, porém, de ofício, a ordem, **para o efeito de fixar o regime inicial aberto**.

Pedi vista dos autos para melhor exame.

Estou de pleno acordo com as razões apontadas pelo em. Min **Relator**, a respeito da **manutenção da redução da pena no patamar de um terço**, considerada a **natureza do entorpecente** em causa, qual seja a **cocaína e o crack**.

Os critérios adotados, no ponto, pelo v. acórdão do eg. Tribunal de Justiça de São Paulo estão consoante a jurisprudência desta Corte, e é preciso notar que, **em primeiro grau, sequer havia o paciente recebido aludido benefício**, na sentença condenatória primitivamente proferida.

Uma vez que **a pena resultou fixada em três anos e quatro meses** de reclusão, **parece idôneo que o regime de cumprimento a ser fixado seja o aberto**, na esteira do voto do em. Min. **Relator**, mormente porque **a quantidade da droga não se evidenciou expressiva**, aludindo a 13 gramas de cocaína, pura e sob a forma de crack.

O argumento trazido pelo eg. Tribunal de Justiça de São Paulo, sobre ser o tráfico de drogas crime equiparado a hediondo, em ordem a compelir a fixação da pena no regime fechado, **já foi afastado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal**, no conhecido precedente resultante do **habeas corpus 111.840/ES**, citado pelo em. Min. **Relator**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

De modo que, **também aqui, não apresento qualquer divergência.**

Finalmente, há elementos relevantes, concernentes à **pouca idade do paciente, que contava com menos de vinte e um anos à época dos fatos**, sendo certo que a sua **primariedade** foi anotada tanto no acórdão profligado, como no voto do em. Min. Relator.

Ademais, a sentença de primeiro grau, que, como já dito, não havia reconhecido a minorante ulteriormente afirmada pelo Tribunal de Justiça, já **estabelecera a pena em seu patamar mínimo**, qual seja o de cinco anos de reclusão, o que está em indicar que a análise das circunstâncias do art. 59 do Código Penal mostrava-se favorável.

Por isso, **penso ser razoável conceder a ordem em maior extensão.**

É que, no **habeas corpus** 314.364/SP, julgado por esta Turma em setembro de 2016, fez o em. Min. **Reynaldo** o seguinte registro na ementa, **verbis**:

"5. A partir do julgamento do HC 97.256/RS pelo STF, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, o benefício da substituição da pena passou a ser concedido aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

6. Hipótese em que o paciente é primário, condenado a pena não superior a 4 anos de reclusão, com análise favorável das circunstâncias judiciais, razão pela qual faz jus ao regime inicial aberto, conforme art. 33, § 2º do CP, além da substituição por restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente, além de fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais".

Ainda que, como parece ser o caso, tal requerimento não tenha sido formulado na impetração, a manutenção de solução similar a casos concretos que, entre si, guardem identidade, recomenda, a meu juízo, a adoção de posicionamento mais benéfico.

Por isso, **meu voto é no sentido de acompanhar o em. Min. Relator, concedendo a ordem de ofício, para fixar o regime inicial aberto** para o cumprimento da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena, com o acréscimo de, ademais, **substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos**, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0249493-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 372.209 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00034559520148260320 06442013 20150000971100 34559520148260320 6442013

EM MESA

JULGADO: 11/10/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: RITA DE CASSIA GANDOLPHO - SP293626
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: EMERSON NASCIMENTO DE SOUZA

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:

"Prosseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.