



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 390.137 - SP (2017/0042402-7)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : RICARDO ALVES
ADVOGADO : RICARDO ALVES - SP137798
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GUSTAVO HENRIQUE DE SOUZA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. 31 PINOS DE COCAÍNA (16,21 GRAMAS). FRAÇÃO MÁXIMA DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. ILEGALIDADE. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. POSSIBILIDADE. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - No caso, a pequena quantidade de droga apreendida (16,21 gramas de cocaína), aliada à inexistência de circunstância judicial desfavorável, autoriza a incidência da redutora do tráfico privilegiado no seu patamar máximo.

III - O col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 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 - Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, e do art. 59 do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos, e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o paciente cumprir a pena privativa de liberdade no regime inicial aberto (**precedentes**).

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

Habeas corpus não conhecido. **Ordem concedida de ofício** para aplicar a causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 no seu **patamar máximo**, reduzindo a pena imposta para **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão**, e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fixar o regime prisional **aberto** para o início do cumprimento da pena do paciente, com a consequente conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, restabelecendo-se aquelas já definidas na r. sentença condenatória.

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, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de junho de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 390.137 - SP (2017/0042402-7)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, impetrado em favor de GUSTAVO HENRIQUE DE SOUZA contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, na Apelação n. 0007804-94.2015.8.26.0292.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, às penas de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. A pena privativa de liberdade foi substituída por penas restritivas de direitos, sendo assegurado ao paciente o direito de recorrer em liberdade, conforme r. sentença proferida em 8/8/2016.

Irresignados, a defesa do paciente e o Ministério Público estadual interpuseram apelação criminal perante o eg. Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso defensivo e deu parcial provimento ao recurso da acusação para diminuir a fração da redutora do tráfico privilegiado para 1/4 (um quarto), fixando as penas do paciente em 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 375 (trezentos e setenta e cinco) dias-multa. Além disso, foi cassada a substituição da sanção corporal por penas restritivas de direitos, sendo determinanda ainda a expedição de mandado de prisão. Eis a ementa do v. acórdão:

"TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. Recursos bilaterais. Defensivo: absolvição. Impossibilidade. Autoria e materialidade bem delineadas, o que refuta a tese desclassificatória para consumo pessoal. Ministerial: redução do índice operado pelo art. 33, § 4º. Penas elevadas. Alijamento da substituição da privativa por restritivas de direitos. Pertinência. Cassação. Provimento somente ao ministerial, com expedição de mandado de prisão, independentemente do trânsito em julgado" (fl. 14).

Daí o presente **writ**, no qual o impetrante alega, em síntese, que haveria



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

evidente constrangimento ilegal na dosimetria da pena, uma vez que a diminuição da fração do tráfico privilegiado pelo eg. Tribunal de origem seria equivocada, pois encontrada com o paciente pequena quantidade de droga (32 pinos de cocaína), devendo ser restabelecida a pena fixada na r. sentença condenatória.

Ademais, sustenta que seria indevida a fixação do regime inicial fechado, estabelecido somente com base na gravidade abstrata do delito, ainda que mantida a pena cominada.

Por fim, aduz que o paciente também faria **jus** à substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito.

Requer, ao final, a concessão da ordem para que seja restabelecida a pena imposta na r. sentença condenatória e, subsidiariamente, que seja fixado o regime inicial aberto e substituída a sanção corporal por penas restritivas de direito.

O pedido liminar foi **deferido** para que o paciente aguardasse em regime inicial semiaberto até o julgamento final do presente **mandamus**, conforme decisão de fls. 20-22.

Informações prestadas às fls. 35-44 e 46-48.

O Ministério Público Federal, às fls. 52-55, manifestou-se pela concessão parcial da ordem para fixar o regime inicial semiaberto.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 390.137 - SP (2017/0042402-7)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. 31 PINOS DE COCAÍNA (16,21 GRAMAS). FRAÇÃO MÁXIMA DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. ILEGALIDADE. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. POSSIBILIDADE. **HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - No caso, a pequena quantidade de droga apreendida (16,21 gramas de cocaína), aliada à inexistência de circunstância judicial desfavorável, autoriza a incidência da redutora do tráfico privilegiado no seu patamar máximo.

III - O col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 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 - Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, e do art. 59 do Código Penal, quais sejam, a ausência de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reincidência, condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos, e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o paciente cumprir a pena privativa de liberdade no regime inicial aberto (**precedentes**).

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

Habeas corpus não conhecido. **Ordem concedida de ofício** para aplicar a causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 no seu **patamar máximo**, reduzindo a pena imposta para **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão**, e fixar o regime prisional **aberto** para o início do cumprimento da pena do paciente, com a consequente conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, restabelecendo-se aquelas já definidas na r. sentença condenatória.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

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

Inicialmente, cumpre asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, “*o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita" (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves Lima**, DJU de 11/4/2005).*

O MM. Juízo de primeiro grau aplicou a redutora do tráfico privilegiado no patamar máximo (2/3) e substituiu a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito. Contudo, fixou o regime inicial fechado no fato de ser o tráfico equiparado a crime hediondo. Destaco os seguintes trechos da r. sentença condenatória:

"Passo a dosar a pena.

Esclareço que o art. 42 da Lei n. 11.343/06 será considerado na terceira fase de aplicação, como se verá. Fazendo o réu jus à diminuição de que trata o art. 33, par. 4º, da Lei de Drogas, a quantidade e a natureza do entorpecente serão consideradas na terceira fase, do contrário não restará ao juízo critério para a quantificação da referida diminuição.

[...]

Na segunda fase de aplicação da pena, não há agravantes, mas há a atenuante da menoridade relativa.

Já na terceira fase, necessária a redução por força do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

[...]

O critério para a diminuição deve levar em conta, agora sim, as demais circunstâncias constantes do art. 42 da Lei n. 11.343/06, quais sejam, a natureza e a quantidade da substância. A personalidade e a conduta social do agente já foram consideradas na primeira fase para manter a pena no mínimo legal. Agora, natureza e quantidade da substância são consideradas nesta terceira fase evitando-se a dupla valoração da mesma circunstância em duas fases distintas de fixação da pena.

Ante o exposto e considerando o que mais dos autos consta, julgo PROCEDENTE a denúncia e CONDENO o réu como incurso no art. 33, "caput", da Lei n. 11.343/06.

As circunstâncias judiciais lhe são favoráveis. Fixo a pena base em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no seu valor unitário a 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo da infração. Na segunda fase, deixo de diminuir a pena por conta da atenuante da menoridade relativa, pois já está no mínimo legal. Presente a causa de diminuição de pena do art. 33, §4º, da lei n. 11.343/06. Neste ponto verifico que havia ali 16,21 gramas de cocaína, sendo 32 pinos que, embora caracterizadores do tráfico, não implicam em quantidade substancial a exigir a diminuição mínima. Reduzo a pena em 2/3 (dois terços), obtendo 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, que torno definitiva.

O Regime inicial de cumprimento da pena será FECHADO, nos termos da Lei n. 8.072/91.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O réu faz jus á substituição de que trata o art. 44 do CP. Assim, substituo a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos e multa. A restritiva de direitos consistirá na prestação pecuniária a ser depositada na conta judicial especialmente destinada a esse fim, arbitrada em 01 (um) salário mínimo vigente ao tempo do efetivo pagamento. A multa substitutiva fica fixada em 30 (trinta) dias-multa, no mesmo valor unitário e sem prejuízo da já anteriormente fixada" (fls. 9-11).

O eg. Tribunal de origem, por sua vez, diminuiu para 1/4 (um quarto) a fração da redutora, alegando que a quantidade de droga apreendida (16,21 gramas de cocaína) não recomendava a diminuição no patamar máximo. Ademais, cassou a substituição da sanção corporal aduzindo que a medida não seria socialmente recomendável, tendo em vista a elevada culpabilidade do paciente e, em especial, pela natureza do entorpecente apreendido, o que também justificaria a manutenção do regime inicial fechado. Destaco os seguintes excertos do voto condutor do v. acórdão impugnado:

"Analisa-se a dosimetria, em conjunto com os demais pleitos recursais.

As iniciais partiram dos mínimos - 5 anos de reclusão e 500 dias- multa -, daí porque prejudicada a atenuante da menoridade relativa, consoante o teor da Súmula nº 231 do STJ.

Inexistentes agravantes, na derradeira fase, foram reduzidas na fração máxima (2/3), pela aplicação da minorante do art. 33, § 4º, porquanto a primariedade e ausência de comprovação de que se dedicasse às atividades criminosas ou integrasse organização criminosa, naturalmente arrogam a benesse. Todavia, como bem asseverado pelo MINISTÉRIO PÚBLICO, justo e proporcional a redução em menor extensão, em razão da quantidade de substância apreendida (16,21 g de cocaína), pelo que se aplica o decréscimo de 1/4, atingindo-se, doravante, 3 anos, 9 meses de reclusão e 375 dias-multa, à míngua de outras modificadoras.

Inviável, e nisso preciso o posicionamento do Representante do Parquet, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos prevista no CP, art. 44, ainda que agora possível, depois de a Resolução nº 5/2012, do Senado Federal ter suspenso a execução da expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos' do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, declarada inconstitucional por decisão do Supremo Tribunal Federal nos autos do HC nº 97.256/RS, porque ainda encontraria óbice no próprio CP, art. 44, cujos requisitos não estão preenchidos, tendo em vista a elevada culpabilidade, demonstrada na gravidade concreta da conduta social e não se mostrar socialmente recomendável e suficiente para a prevenção e repressão do delito de tráfico, impulsionador de uma verdadeira série delitiva, assolando a sociedade de forma funesta, mercê da natureza devastadora da droga - cocaína -, cassando-se a conversão por restritivas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Igualmente, o único regime compatível com o comércio clandestino de droga é o fechado, como corretamente fixado, porque outro mais brando, como pretendido pela Defesa, não atenderia à gravidade concreta da conduta, já exaustivamente explanada, o que, igualmente, e diante da cassação ora operada, impõe o decreto de prisão preventiva em desfavor de GUSTAVO, com lastro no CPP, art. 312, para garantia da ordem pública, bem como assegurar a aplicação da lei penal, não sendo o caso das medidas cautelares substitutivas da prisão, as quais se revelariam inadequadas e insuficientes (CPP, art. 282) ao caráter repressivo da pena" (fl. 16).

Razão assiste ao impetrante.

Com efeito, para a **fixação do percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06**, o magistrado deve levar em consideração as circunstâncias do caso, especialmente a natureza e a quantidade da droga apreendida, bem como as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, ante a ausência de indicação das balizas pelo legislador para a definição do **quantum** de diminuição.

No presente caso, o eg. Tribunal de origem diminuiu para 1/4 (um quarto) a fração da redutora do tráfico privilegiado, alegando que a quantidade de substância entorpecente apreendida (16,21 gramas de cocaína) não permitiria a fração máxima, existindo **flagrante ilegalidade** ou desproporcionalidade na escolha, o que justifica a concessão da ordem de ofício.

A pequena quantidade de droga apreendida, aliada à inexistência de circunstância judicial desfavorável, autoriza a incidência da redutora do tráfico privilegiado no seu patamar máximo.

Nesse sentido os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS FAVORÁVEIS. CAUSA REDUTORA DE PENA APLICADA NA FRAÇÃO MÁXIMA. REGIME FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. QUANTIDADE ÍNFINITA DE DROGA APREENDIDA. APLICAÇÃO DO REGIME ABERTO. ART. 33, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CP. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. O Plenário do STF, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Assim, o regime prisional, nesses casos, deverá ser fixado motivadamente e em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do Código Penal - CP, e, na hipótese de condenado por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. No caso dos autos, a despeito do Tribunal a quo ter motivado a fixação do regime inicial fechado com base especialmente na natureza e quantidade da droga (art. 42 da Lei n. 11.343/2006), encontra-se evidenciado o constrangimento ilegal, pois considerando que a quantidade da droga apreendida não foi expressiva - 7,31g de cocaína e 1,8g de maconha -, a causa redutora do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas foi aplicada no patamar máximo (2/3), somadas ainda ao quantum da condenação (1 ano e 8 meses), a primariedade e ao fato de não terem sido apontadas circunstâncias desfavoráveis, faz jus o paciente ao regime aberto, conforme o disposto no art. 33, §§ 2º, c, e 3º, do CP, e à substituição da pena por restritiva de direitos, em consonância com a jurisprudência desta Corte de Justiça.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer a sentença condenatória, que fixou ao paciente o regime inicial aberto e substituiu a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos" (HC n. 383.504/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik**, DJe de 24/4/2017).

"PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. ALTERAÇÃO DE REGIME. SUBSTITUIÇÃO DE PENA. CONCESSÃO DE LIVRAMENTO CONDICIONAL. PREJUDICIALIDADE. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. PATAMAR MÁXIMO. APLICAÇÃO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...]

3. Fixada a pena-base no mínimo legal e apreendida pequena quantidade de droga (3,0g de cocaína), legítima é a aplicação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da causa especial de diminuição (art. 33, §4º da Lei nº 11.343/2006) pelo seu máximo, ou seja, dois terços. Precedentes.

4. *Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena imposta ao paciente para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, mais o pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, mantidos, no mais, os termos da condenação" (HC n. 362.968/SP, Sexta turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 22/11/2016).*

No que tange ao regime inicial para os delitos de tráfico de entorpecentes, o col. **Supremo Tribunal Federal**, por ocasião do julgamento do HC n. 111.840/ES (Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 17/12/2013), declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com redação dada pela Lei n. 11.464/07, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

Seguindo tal orientação, firmou-se o entendimento nesta Corte segundo o qual, independentemente da hediondez do crime, o julgador deve observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, quando da fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Nesse sentido o seguinte jugado:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. CABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE NESSE PONTO. LIMINAR CONFIRMADA.

1. *O fundamento usado pelas instâncias ordinárias para fixar o regime inicial fechado - caráter hediondo do crime - não se mostra suficiente para impedir a não aplicação do regime mais brando, pois não subsiste a imposição automática do regime inicial fechado de cumprimento da pena aos crimes hediondos e equiparados, devendo o magistrado observar as regras previstas no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, e fundamentar concretamente a imposição do regime inicial mais rigoroso do que o correspondente à pena aplicada.*

2. *Embora a Suprema Corte também tenha firmado entendimento no sentido de ser possível a substituição da pena corporal*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pela restritiva de direitos àqueles que praticam crimes hediondos ou equiparados, desde que preenchidos os requisitos legais, a Corte originária afastou tal possibilidade por entender que a quantidade de droga apreendida impede a outorga desse tipo de benesse.

3. Ordem expedida tão somente para alterar o regime prisional para o semiaberto, confirmando-se a liminar" (HC n. 356.012/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 23/2/2017).

Ademais, importante consignar que o excelso Supremo Tribunal Federal, em r. decisão oriunda do Tribunal Pleno, no **Habeas Corpus** n. 118.533, afastou o caráter hediondo dos delitos de tráfico ilícito de entorpecentes em que houvesse a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, **como ocorre no presente caso**. Trago à colação a ementa do mencionado julgado, **verbis**:

"HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO: INVIABILIDADE. HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA.

1. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos.

2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa.

3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90 .

4. Ordem concedida" (HC n. 118.533/MS, Tribunal Pleno, Relª. Minª. Cármen Lúcia, DJe de 19/9/2016, grifei).

Assim, o deferimento do regime **aberto** se dá desde que preenchidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos, bem como a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

No presente caso, verifica-se que a pena-base foi fixada **no mínimo legal**,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tendo ainda sido, nesta oportunidade, aplicada no **grau máximo** a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. As circunstâncias judiciais, portanto, foram todas consideradas favoráveis.

Sendo o paciente primário, fixada a pena-base no mínimo legal e consideradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o **regime inicial aberto** mostra-se mais adequado para o resgate da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, do Código Penal, bem como de acordo com o entendimento constante das Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, e da Súmula 440 desta Corte Superior.

Nesse sentido o seguinte precedente desta Corte Superior:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIAL. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ENUNCIADO N. 440 DA SÚMULA DO STJ E N. 718 E 719 DO STF. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. PACIENTE PRIMÁRIO, DE BONS ANTECEDENTES E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS BENÉFICAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO. CONCEDIDA A ORDEM DE OFÍCIO.

[...]

2. No tocante ao regime inicial de cumprimento de pena, é firme neste Tribunal Superior a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. Nesse sentido, foram elaborados os enunciados n. 440 da Súmula desta Corte que prevê: "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito". No mesmo sentido, são os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam: "A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada"; "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

O exame dos autos revela que, após fixar a pena-base no mínimo legal, por considerar favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o regime fechado foi fixado sem fundamentação idônea, baseado apenas na pequena quantidade de droga apreendida (9, 1



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

gramas de cocaína) e na hediondez do delito.

Dessarte, consoante orientação jurisprudencial desta Corte Superior, a mera referência genérica, pela instância ordinária, à lesividade da droga e à gravidade abstrata do delito de tráfico não constitui motivação suficiente, por si só, para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso.

Ademais, o óbice à fixação de regime diverso do fechado, apontado pelo Tribunal a quo em relação aos crimes hediondos e equiparados, foi superado pelo Supremo Tribunal Federal, que declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007.

Nessa toada, reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade do réu, a quem foi imposta reprimenda definitiva inferior a 4 anos de reclusão, cabível a imposição do regime aberto para iniciar o cumprimento da sanção corporal, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

3. De outro lado, entendo também que a decisão do Tribunal de origem merece reparo quanto ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito. Observo que, conforme bem observado pelo juiz sentenciante, o paciente preenche os requisitos previstos no art. 44 do CP, na medida em que é primário, de bons antecedentes, e as circunstâncias judiciais o favorecem.

- Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer a decisão de primeiro grau" (HC n. 381.391/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 27/3/2017, grifei).

Finalmente, cumpre registrar que o **Pretório Excelso**, nos termos da r. decisão 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 por meio da Resolução n. 5 de 16/2/2012), permitiu a concessão da benesse aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal, como ocorre no presente caso.

Ante o exposto, não conheço do **habeas corpus**.

Contudo, **concedo a ordem de ofício** para aplicar a causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 no seu **patamar máximo**, reduzindo a pena imposta para **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão**, fixar o regime prisional **aberto** para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o início do cumprimento da pena do paciente, com a consequente conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, restabelecendo-se aquelas já definidas na r. sentença condenatória.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0042402-7

HC 390.137 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00078049420158260292 14612015 78049420158260292

EM MESA

JULGADO: 06/06/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RICARDO ALVES
ADVOGADO : RICARDO ALVES - SP137798
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GUSTAVO HENRIQUE DE SOUZA (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, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.