



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 370.545 - SP (2016/0237448-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MARIANA ZAKIA MOROSINI - SP236436
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANA MARIA ZACARIAS

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. *QUANTUM* DE INCIDÊNCIA. NATUREZA DE UMA DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. PLEITO DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS A FIGURAR EM DEMÉRITO DO PACIENTE. REGIME FECHADO. DESPROPORCIONALIDADE. PENA INFERIOR A 4 ANOS. REGIME SEMIABERTO. RAZOABILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. O estabelecimento do redutor na fração de 1/3 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, diante da natureza de uma das substâncias entorpecentes apreendidas em poder do paciente - *crack* - a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. Motivada de maneira concreta a fixação do *quantum* de aplicação do referido benefício, não há falar em ilegalidade.

2. Não obstante a reprimenda final seja inferior a 4 anos, é inviável a imposição do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, diante da existência de elementos concretos a figurar em demérito do paciente. Desproporcional, entretanto, a fixação do regime inicial fechado, tendo em vista o *quantum* da pena imposta, a saber, 3 anos e 4 meses de reclusão, sendo razoável, pois, a imposição do regime inicial intermediário.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena imposta ao paciente nos autos da Ação Penal n.º 3021838-43.2013.8.26.0114.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 06 de outubro de 2016(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 370.545 - SP (2016/0237448-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MARIANA ZAKIA MOROSINI - SP236436
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANA MARIA ZACARIAS

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ANA MARIA ZACARIAS, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 3021838-43.2013.8.26.0114).

Depreende-se dos autos que a paciente foi condenada pelo Juízo da 5ª Vara Criminal da Comarca de Campinas/SP (Processo n.º 3021838-43.2013.8.26.0114), a 1 ano e 8 meses de reclusão, no regime inicial aberto, substituída a reprimenda corporal por restritiva de direitos, pela prática do crime descrito no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, fixando a sentença o seguinte:

(...)

Ante o exposto, e por tudo mais que conta dos autos, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado na denúncia, para condenar a ré ANA MARIA ZACARIAS, anteriormente qualificada, como incurso nas penas do artigo 33, *caput* da Lei 11.343/06, razão peia qual passo a dosar as respectivas penas a serem aplicadas, em estrita observância ao disposto pelo artigo 68 *caput* do Código Penal.

Analisando as diretrizes traçadas pelos artigos 59, do Código Penal e 42 da Lei 11.343/06, observo que a ré agiu com culpabilidade normal à espécie, nada tendo a se valorar. A ré é possuidora de bons antecedentes. Não há nos autos elementos suficientes para se aferir a personalidade do acusado; o motivo do crime é identificável como o desejo de obtenção de renda fácil. As conseqüências do crime são desconhecidas, sendo suas circunstâncias as normais ao tipo. No mais não se pode cogitar acerca do comportamento de vítima.

Diante dessas circunstâncias analisadas individualmente é que fixo a pena-base em 5 (cinco) anos de reclusão e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa. calculado o seu valor unitário no mínimo legal, devidamente corrigidos, diante da precariedade econômica do réu.

Presente a atenuante da confissão, porém a pena já foi fixada no mínimo. Ausentes agravantes.

Não se faz presente qualquer causa de aumento de pena. Por outro lado, considerando que a ré é primária não possui maus antecedentes, não se dedica a atividade criminosa bem como não integra organização criminosa presente se faz uma causa de diminuição (art. 33 § 4º da Lei 11.343/06).

Assim opto por reduzir ambas as penas em 2/3 (dois terços), o que dá como pena final, corporal e pecuniária, 1 (um) ano e 08 (oito) meses de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, fixados no mínimo.

O regime de cumprimento de pena, considerando o montante de pena fixado, considerando tratar-se de tráfico privilegiado será o aberto.

Por fim, viável a substituição da pena corporal por restritiva de direitos.
(...)

No caso em questão, o acusado faz jus a substituição exatamente pelo fato de preencher o requisito para a referida substituição.

Isso porque, o presente tráfico configurou aquela hipótese de tráfico privilegiado.

Assim, considerando a redução máxima e a configuração de tráfico privilegiado, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito consistente em prestação de serviço a comunidade pelo tempo da condenação e prestação pecuniária de 1/2 salário mínimo em entidade a ser indicada pelo juízo da Execução.

Concedo a ré o direito de recorrer em liberdade.

Expeça-se alvará clausulado, considerando a substituição da pena.

No mais, decreto a perda do dinheiro, pois fruto da venda de drogas.

(...) (fls. 25/28).

Interposto recurso de apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo, mas deu parcial provimento ao apelo da acusação, para aumentar a pena, fixar o regime fechado e afastar a substituição da reprimenda, em acórdão assim fundamentado:

Merece prosperar, em parte, apenas o pleito acusatório.

A materialidade e a autoria delitivas estão suficientemente comprovadas pelos autos de prisão em flagrante delito e de exibição e apreensão e pelos laudos de constatação provisória e de exame químico-toxicológico, bem como pela prova oral coligida aos autos.

Os depoimentos dos policiais militares em Juízo, prestados sob compromisso e sem contradita, corroboraram a confissão da apelante, que, nesta oportunidade, demonstrou arrependimento.

Os agentes da lei reportaram-se a patrulhamento de rotina por local conhecido pela traficância, oportunidade em que avistada a ré, com ela sendo apreendidos droga e dinheiro e, na sequência, em trailer por ela indicado, onde residia, mais drogas, não só admitindo, ela, a traficância, como fornecendo detalhes da execrável prática.

A forma como embaladas, acondicionadas e ocultadas as drogas, suas quantidades e diversidades - 124,8 gramas de 'cannabis sativa', distribuídos em 56 invólucros, e 5,3 gramas de cocaína sob a forma de 'crack', dispersos em 28 microtubos - e as circunstâncias de sua apreensão, somadas à confissão da ré e a sua situação econômica - não trouxe prova de ocupação lícita -, não deixam margem a dúvidas da prática da traficância.

De rigor, pois, a condenação.

Não obstante, as penas merecem redimensionamento.

A pena-base foi mantida, com acerto, em seu mínimo legal.

A atenuante da confissão espontânea não tem o condão de reduzir a pena aquém do seu mínimo legal (Súmula 231 do C. STJ).

Registra-se a lição de Alberto Silva Franco in Código Penal e sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Interpretação, 8ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, pp. 382-383, trazida à colação no recurso da aguerrida Acusação: "(...) O juiz, na sua atuação, não está dotado de um poder ilimitado. Nenhum acréscimo ou diminuição de pena pode superar o máximo ou ficar aquém do mínimo legal, sendo certo que, apesar de não expresso, está subentendido que as quantidades de penas relativas às agravantes e às atenuantes não podem extravasar os limites punitivos do tipo (...) O entendimento de que o legislador de 84 permitiu ao juiz superar tais limites encerra um sério perigo ao direito de liberdade do cidadão, pois, se, de um lado, autoriza que a pena, em virtude de atenuantes, possa ser estabelecida abaixo do mínimo, não exclui, de outro, a possibilidade de que, em razão de agravantes, seja determinada acima do máximo. Nessa situação, o princípio da legalidade da pena sofreria golpe mortal, e a liberdade do cidadão ficaria à mercê dos humores, dos preconceitos, das ideologias e dos "segundos códigos" do magistrado. Além disso, atribui-se às agravantes e às atenuantes, que são circunstâncias acidentais, relevância punitiva maior do que a dos elementos da própria estrutura típica, porque, em relação a estes, o juiz está preso às balizas quantitativas determinadas em cada figura típica. Ademais, estabelece-se a linha divisória inaceitável entre as circunstâncias legais, sem limites punitivos, e as causas de aumento e de diminuição, com limites determinados, emprestando-se àquelas uma importância maior do que a estas, o que não parece ser correto, nem ter sido a intenção do legislador. Por fim, a margem de deliberação demasiadamente ampla, deixada ao juiz, perturbaria o processo de individualização da pena que se pretendeu tornar, através do art. 68 do CP, o mais transparente possível e o mais livre de intercorrências subjetivas. No mesmo sentido, Guilherme de Souza Nucci (Idem, p. 394); Cezar Roberto Bittencourt (Tratado de Direito Penal, 10ª ed., São Paulo, Saraiva, 2006, v. 1, p. 712); e Fernando Galvão (Idem, p. 608)".

Presentes os requisitos do § 4º da Lei nº 11.343/06, uma vez que não trazidas provas, aos autos, que confirmam a necessária certeza quanto à dedicação da acusada, primária, à atividade criminosa do comércio espúrio, ou de que seja parte integrante de organização criminosa.

Vale o registro de que a expressão 'dedicar-se a atividade criminosa' requer análise mais aprofundada, não se podendo descuidar da intenção do legislador de diferenciar o pequeno traficante do traficante contumaz; ademais, quem o trafica, necessariamente o faz há algum tempo, o que não indica que faça de tal atividade seu ofício, protraindo-se no tempo a conduta contra si impingida, não se retirando, pois, seu caráter de provisório ou ocasional, sob pena de se fazer letra morta o dispositivo.

Uma vez aferidos a natureza da atividade do denunciado e seu caráter exclusivo ou ocasional, ao magistrado caberá tão somente a definição do 'quantum' da pena, se eleita a última das hipóteses, não residindo a concessão do benefício na órbita do discricionário.

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, mais consentânea a redução das penas à 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.

Registra-se que **patente a nocividade das drogas apreendidas - em especial a cocaína sob a forma de 'crack' -, com alta capacidade de**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

provocar dependência, conduzindo os que optam por enveredar por essa seara a caminhos muitas vezes sem volta, em total descompasso com os valores apregoados pela Sociedade.

Imperiosa, pois, a fixação do regime inicial fechado ante a gravidade concreta do delito perpetrado, certas a expressiva quantidade de droga apreendida e sua nocividade; in casu, suficiente, a cocaína apreendida para dezenas de pedras e, a maconha, em maior dimensão, para a confecção de 'baseados', a serem fumados pelos incautos compradores, restando patentes sua capacidade de disseminação e a arregimentação de clientes aos borbotões.

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 - saliente-se - 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; cancelada, pois, a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos.

Vale trazer à colação excertos do relatório idealizado pela Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas (SENAD) em parceria com a Fundação Oswaldo Cruz - FIOCRUZ, em que delineados o perfil da população usuária de 'crack' e outras formas similares de cocaína fumada (pasta base, merla e "oxi"):

(...)

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 crimes de tráfico de drogas, com delitos extremamente graves, praticados sob as mais variadas formas de violência.

Benefício algum, quer seja sob a forma de penas alternativas, quer seja sob a forma de mitigação do regime prisional fechado, pode arvorar-se em sinônimo de impunidade, na contramão do que busca o cidadão de bem.

De qualquer modo, vale realçar o fato de que a suspensão da execução da parte do dispositivo - artigo 33, § 4º da Lei 11.343/06 - que vedava a conversão da carcerária em restritiva de direitos, declarada inconstitucional, não está a apontar a obrigatoriedade da substituição da pena privativa de liberdade, mas, apenas e tão-somente, está a demonstrar a sua possibilidade; in casu,- vale salientar -, tem-se que **as circunstâncias em que perpetrado o delito e suas conseqüências, negativas, inviabilizam a aplicação da regra contida no artigo 44 do Estatuto Repressivo.**

É oportuno registrar, data vertia, o teor da recente Súmula 512 editada pelo C. STJ: "A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas".

Diante do exposto, nega-se provimento ao apelo de ANA MARIA ZACARIAS e se dá provimento parcial ao recurso do Ministério Público para o fim de alçar suas penas a 03 anos e 04 meses de reclusão e de 333 dias-multa, no piso legal, fixando-se o regime prisional fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, com o afastamento da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos; mantida, no mais, por seus bem deduzidos fundamentos, a sentença recorrida.

Expeça-se, oportunamente, em desfavor da apelante, mandado de prisão, anotando-se o tempo de pena cumprido provisoriamente (fls. 32/38).

Dá a presente impetração, alegando que a decisão de primeiro grau deve ser restabelecida, porquanto a paciente faz *jus* à aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 na fração máxima, vez que "é primária, tem bons antecedentes e não se dedica à atividades criminosas e muito menos integra organização criminosa" (fl. 03).

Destaca, também, que a paciente preenche todos os requisitos para a substituição da reprimenda, pois "foi condenada a pena inferior a 04 (quatro) anos de reclusão, qual seja, pena de 03 anos e 04 meses de reclusão; o delito de tráfico não é cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa; a paciente não é reincidente em crime doloso, muito pelo contrário, a paciente é primária, conforme ficha de antecedentes anexa e, por último, as condições judiciais são favoráveis à substituição" (fl. 03).

Alega, outrossim, que tendo em vista que o *quantum* de pena é inferior a quatro anos, o regime aberto é o mais adequado para o início do cumprimento da pena, não havendo fundamentação idônea para a fixação do regime fechado.

Requer, liminarmente e no mérito, o restabelecimento da sentença, ou a fixação do regime aberto para o início do cumprimento da reprimenda.

A liminar foi indeferida às fls. 107/110.

Foram prestadas informações às fls. 117/129.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Carlos Alberto C. de Vilhena Coelho, pelo não conhecimento do *writ* ou pela denegação da ordem (fls. 132/136).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 370.545 - SP (2016/0237448-9)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. *QUANTUM* DE INCIDÊNCIA. NATUREZA DE UMA DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. PLEITO DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS A FIGURAR EM DEMÉRITO DO PACIENTE. REGIME FECHADO. DESPROPORCIONALIDADE. PENA INFERIOR A 4 ANOS. REGIME SEMIABERTO. RAZOABILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. O estabelecimento do redutor na fração de 1/3 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, diante da natureza de uma das substâncias entorpecentes apreendidas em poder do paciente - *crack* - a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. Motivada de maneira concreta a fixação do *quantum* de aplicação do referido benefício, não há falar em ilegalidade.

2. Não obstante a reprimenda final seja inferior a 4 anos, é inviável a imposição do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, diante da existência de elementos concretos a figurar em demérito do paciente. Desproporcional, entretanto, a fixação do regime inicial fechado, tendo em vista o *quantum* da pena imposta, a saber, 3 anos e 4 meses de reclusão, sendo razoável, pois, a imposição do regime inicial intermediário.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena imposta ao paciente nos autos da Ação Penal n.º 3021838-43.2013.8.26.0114.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Destaco, inicialmente, que se trata de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, o que impede o seu conhecimento. Cabe avaliar, de qualquer sorte, a existência de ilegalidade patente, a ensejar a concessão de ordem de ofício.

Quanto ao patamar de diminuição, na terceira fase da dosimetria, eis o que consignou a Corte de origem:

Presentes os requisitos do § 4º da Lei nº 11.343/06, uma vez que não trazidas provas, aos autos, que confirmem a necessária certeza quanto à dedicação da acusada, primária, à atividade criminosa do comércio espúrio, ou de que seja parte integrante de organização criminosa.

Vale o registro de que a expressão 'dedicar-se a atividade criminosa'



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

requer análise mais aprofundada, não se podendo descuidar da intenção do legislador de diferenciar o pequeno traficante do traficante contumaz; ademais, quem o trafica, necessariamente o faz há algum tempo, o que não indica que faça de tal atividade seu ofício, protraindo-se no tempo a conduta contra si impingida, não se retirando, pois, seu caráter de provisório ou ocasional, sob pena de se fazer letra morta o dispositivo.

Uma vez aferidos a natureza da atividade do denunciado e seu caráter exclusivo ou ocasional, ao magistrado caberá tão somente a definição do 'quantum' da pena, se eleita a última das hipóteses, não residindo a concessão do benefício na órbita do discricionário.

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, mais consentânea a redução das penas à 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.

Registra-se que **patente a nocividade das drogas apreendidas - em especial a cocaína sob a forma de 'crack' -, com alta capacidade de provocar dependência**, conduzindo os que optam por enveredar por essa seara a caminhos muitas vezes sem volta, em total descompasso com os valores apregoados pela Sociedade (fls. 34/35).

Verifica-se, pois, que não há nada a retificar, porquanto o estabelecimento do redutor na fração de 1/3 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, diante da natureza de uma das substâncias entorpecentes apreendidas em poder do paciente - *crack* - (fl. 33).

Com efeito, é este o espírito da Lei Antidrogas, que dispõe:

Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

Dessarte, motivada de maneira concreta a fixação do *quantum* de aplicação da referido benesse, em razão da natureza de uma das drogas encontradas em poder do paciente, não há falar em ilegalidade. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO FIXADA EM 1/6. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA QUE JUSTIFICAM A FRAÇÃO UTILIZADA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nos casos de flagrante ilegalidade.

- Deve ser mantida a fração redutora de 1/6, pelo reconhecimento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando o acórdão, dentro da discricionariedade permitida por lei, fundamenta, concretamente, na quantidade e natureza da droga apreendida.

- Tendo em vista o não redimensionamento da pena e mantido o patamar acima de 4 anos, o paciente não faz jus ao regime aberto, conforme disposições do art. 33, § 2º, do Código Penal.

- Não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista que o quantum da pena aplicada supera o limite previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 336.468/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 19/04/2016)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. MITIGAÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP e, com preponderância, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

2. Inexiste ilegalidade na manutenção do redutor no patamar de 1/3 (um terço), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dado o expressivo volume dos entorpecentes apreendidos e sua variedade.

(...)

3. Habeas corpus não conhecido.

(HC 317.172/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/04/2016, DJe 12/04/2016)

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. MAUS ANTECEDENTES. PERÍODO DEPURADOR. FRAÇÃO DA MINORANTE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Consoante entendimento deste Superior Tribunal, decorrido o prazo de cinco anos entre a data do cumprimento ou a extinção da pena e a infração posterior, a condenação anterior, embora não possa prevalecer para fins de reincidência, pode ser sopesada a título de maus antecedentes. Precedentes.

2. Sem embargo, não há como afastar a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas pela simples existência de duas condenações transitadas em julgado com extinção da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

punibilidade há tanto tempo, máxime porque, além de o recorrido ser tecnicamente primário ao praticar o crime em comento, não há notícias de que se dedique a atividades delituosas ou de que integre organização criminosa.

3. Se o transcurso do tempo impede que condenações anteriores configurem reincidência, esse mesmo fundamento - o lapso temporal - deve ser sopesado na análise das condenações geradoras, em tese, de maus antecedentes.

4. Embora o Supremo Tribunal Federal ainda não tenha decidido o mérito do RE n. 593.818 RG/SC - que, em repercussão geral já reconhecida (DJe 3/4/2009), decidirá se existe ou não um prazo limite para se sopesar uma condenação anterior como maus antecedentes -, no caso, firme na ideia que subjaz à temporalidade dos antecedentes criminais, devem ser relativizados os dois registros penais tão antigos do acusado, de modo a não lhes imprimir excessivo relevo a ponto de impedir a incidência da minorante descrita no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

5. A escolha do percentual de diminuição de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 decorre da discricionariedade vinculada do julgador, de modo que a alteração do quantum de redução nesta instância superior depende da demonstração de ilegalidade ou de teratologia, inexistente no caso.

6. Recurso especial não provido.

(REsp 1160440/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 31/03/2016)

No mais, insurge-se a presente impetração contra a imposição do regime inicial fechado e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ao paciente, condenado à pena de 3 anos e 4 meses de reclusão, pela prática do delito de tráfico de entorpecentes.

Confira-se a fundamentação adotada pelo Tribunal de origem acerca dos temas:

Imperiosa, pois, a fixação do regime inicial fechado ante a gravidade concreta do delito perpetrado, certas a expressiva quantidade de droga apreendida e sua nocividade; in casu, suficiente, a cocaína apreendida para dezenas de pedras e, a maconha, em maior dimensão, para a confecção de 'baseados', a serem fumados pelos incautos compradores, restando patentes sua capacidade de disseminação e a arregimentação de clientes aos borbotões.

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 - saliente-se - 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; cancelada, pois, a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de direitos.

Vale trazer à colação excertos do relatório idealizado pela Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas (SENAD) em parceria com a Fundação Oswaldo Cruz - FIOCRUZ, em que delineados o perfil da população usuária de 'crack' e outras formas similares de cocaína fumada (pasta base, merla e "oxi"):

(...)

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 crimes de tráfico de drogas, com delitos extremamente graves, praticados sob as mais variadas formas de violência.

Benefício algum, quer seja sob a forma de penas alternativas, quer seja sob a forma de mitigação do regime prisional fechado, pode arvorar-se em sinônimo de impunidade, na contramão do que busca o cidadão de bem.

De qualquer modo, vale realçar o fato de que a suspensão da execução da parte do dispositivo - artigo 33, § 4º da Lei 11.343/06 - que vedava a conversão da carcerária em restritiva de direitos, declarada inconstitucional, não está a apontar a obrigatoriedade da substituição da pena privativa de liberdade, mas, apenas e tão-somente, está a demonstrar a sua possibilidade; in casu,- vale salientar -, tem-se que **as circunstâncias em que perpetrado o delito e suas conseqüências, negativas, inviabilizam a aplicação da regra contida no artigo 44 do Estatuto Repressivo** (fls. 35/38).

Na espécie, verifica-se que a Corte de origem justificou a imposição do regime inicial fechado e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos com base na gravidade concreta do delito em testilha, destacando a quantidade e natureza das drogas apreendidas - 124,8 g maconha, distribuídos em 56 invólucros, e 5,3 g de *crack*, dispersos em 28 microtubos (fl. 33).

De fato, não obstante a reprimenda final seja inferior a 4 anos, é inviável a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, diante da existência de elementos concretos a figurar em demérito do paciente, a saber, a quantidade e a natureza dos entorpecentes apreendidos em seu poder.

Entendo, entretanto, ser desproporcional a imposição do regime inicial fechado, tendo em vista o *quantum* da pena imposta, a saber, 3 anos e 4 meses de reclusão.

Assim, reputo exagerada a fixação do regime inicial fechado, porém, diante das peculiaridades do caso concreto, entendo ser necessária uma resposta penal mais efetiva, como forma de retribuição proporcional à gravidade da conduta, porquanto as circunstâncias do caso em testilha demonstram que regime inicial mais brando, ou eventual substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, não seria suficiente para a reprovação e a prevenção do delito em comento.

Entendo ser razoável, pois, a imposição do regime inicial intermediário.

Nesta senda:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. REITERAÇÃO DE PEDIDO. ABRANDAMENTO DE REGIME INICIAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO EM RAZÃO DA HEDIONDEZ DO DELITO. INCONSTITUCIONALIDADE. ANÁLISE DOS ARTIGOS 33, §2º, B E §3º, DO CÓDIGO PENAL E 42 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REGIME SEMIABERTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

(...)

VI - 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.

VII - Revela-se adequado na hipótese, consoante o disposto nos artigos 33, §§2º e 3º, do Código Penal, e artigo 42 da Lei 11.343/2006, a imposição do regime inicial semiaberto ao paciente, condenado à pena inferior a 4 (quatro) anos, primário, ostentando condições judiciais desfavoráveis. Habeas Corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício tão somente para, confirmando a liminar, fixar o regime semiaberto de cumprimento de pena, ex vi dos artigos 33, §2º, b, e §3º, do Código Penal e 42 da Lei 11.343/2006.

(HC 325.629/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/09/2015, DJe 20/10/2015)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ÓBICE DA SÚMULA 691 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SUPERVENIENTE JULGAMENTO DO MÉRITO E DA APELAÇÃO. ILEGALIDADE FLAGRANTE. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PRIMARIEDADE. DELITO COMETIDO NO INTERIOR DE PRESÍDIO. FUNDAMENTO CONCRETO QUE AUTORIZA O REGIME SEMIABERTO E A NEGATIVA DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO, CONFIRMADA A LIMINAR.

1. Impetrado o habeas corpus contra indeferimento de liminar em prévio writ, posteriormente julgado, não seria possível, em princípio, deliberar-se sobre o mérito. Ressalva-se, contudo, a hipóteses de patente ilegalidade, nos moldes do art. 654, § 2.º, do Código de Processo Penal, que disciplina a extraordinária concessão de ofício.

2. Hipótese em que as instâncias de origem não lograram motivar de maneira idônea o estabelecimento do regime inicial fechado, porquanto não declinaram fundamentos suficientes a justificar a eleição do regime mais gravoso, deixando de apreciar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelos arts. 33 e parágrafos, do Código Penal, em patente inobservância ao princípio da individualização da pena e ao art. 93,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inciso IX, da Constituição Federal de 1988. Para a imposição de regime inicial de cumprimento de pena mais severo que o fixado em lei é necessária motivação idônea. Inteligência das súmulas n.º 718 e n.º 719 do Supremo Tribunal Federal e n.º 440 deste Superior Tribunal de Justiça. E é vedado que o Tribunal de origem, em recurso exclusivo da Defesa, agregue novos fundamentos para justificar o regime mais gravoso.

3. Invocou-se, contudo, questão concreta (o cometimento do crime no interior de presídio), que justifica a fixação do regime intermediário, bem como a negativa da substituição da pena por medidas restritivas de direitos, a despeito da sanção inferior a 4 anos.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para o fim de fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda imposta ao paciente, confirmada a liminar.

(HC 312.053/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 09/06/2015, DJe 18/06/2015)

AGRAVO REGIMENTAL HABEAS CORPUS. DROGAS. REGIME INICIAL SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO PACÍFICO DO STF E DO STJ.

1. Nos crimes de tráfico de drogas, é possível a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como a fixação de outro regime que não o fechado, se preenchidos os requisitos legais.

2. A decisão agravada está de acordo com o posicionamento pacificado desta Corte e do Supremo Tribunal Federal. Concessão da ordem para que seja fixado o regime inicial semiaberto, observadas a quantidade e a diversidade da droga.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 293.473/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 20/06/2014)

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*, mas **concedo a ordem, de ofício**, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena imposta ao paciente nos autos da Ação Penal n.º 3021838-43.2013.8.26.0114.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0237448-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 370.545 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 11482013 20160000050639 3021838 30218384320138260114 94392013

EM MESA

JULGADO: 06/10/2016

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MARIANA ZAKIA MOROSINI - SP236436
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANA MARIA ZACARIAS

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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.