



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 270.779 - SP (2013/0158782-0)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JANIO DESIDERIO DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS, CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI DE TÓXICOS AFASTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. QUANTIDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS QUE NÃO SE MOSTRA EXACERBADA A PONTO DE AFASTAR A APLICAÇÃO DA MINORANTE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS RECONHECIDAS COMO FAVORÁVEIS PELO TRIBUNAL ESTADUAL. INCIDÊNCIA DA MINORANTE NO PATAMAR MÍNIMO. REGIME PRISIONAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI N.º 8.072/90 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CABÍVEL O REGIME INICIAL SEMIABERTO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal da Relatora, também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. Paciente condenado, em primeira instância, à pena 06 (seis) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e mais 600 (seiscentos) dias-multa, pela prática do delito inserto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006. Interposto recurso de apelação pela Defesa, a Corte estadual reformou a sentença, reduzindo a pena para 05 anos de reclusão e 500 dias-multa.

4. O Tribunal de origem entendeu que a quantidade de drogas apreendidas – 03 (três) invólucros de *crack*, consubstanciados em 0,64g, e 08 (oito) invólucros de cocaína, com peso líquido aproximado de 4,52g –, impossibilitaria a aplicação da minorante inserta no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Contudo, a quantidade de entorpecentes, embora não seja mínima, não atinge patamar que impossibilite completamente a aplicação da referida minorante.

5. Incidência do § 4.º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06, à razão mínima de 1/6, ao se considerar a pena-base fixada no mínimo legal, em razão da inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e não reconhecida a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dedicação do Paciente à atividade criminosa.

6. Considerando o *quantum* da pena estabelecido e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, mostra-se cabível a fixação do regime semiaberto, a teor do disposto no art. 33, § 2.º, alínea *b*, e § 3.º do Código Penal. Incidência do enunciado n.º 440 da Súmula desta Corte.

7. *Writ* não conhecido. Ordem de *habeas corpus* concedida, de ofício, para aplicar a causa de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, no patamar mínimo, redimensionando a pena do Paciente para 04 anos e 02 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 417 dias-multa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 12 de agosto de 2014 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 270.779 - SP (2013/0158782-0)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JANIO DESIDERIO DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de JANIO DESIDERIO DOS SANTOS em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nos autos da apelação n.º 0084455-22.2011.8.26.0224, assim ementado:

"Tráfico de entorpecentes. Autoria e materialidade comprovadas. Confissão extrajudicial e relatos dos policiais. Pretensão de reconhecimento do crime impossível pela caracterização do flagrante preparado. Afastamento. Réu surpreendido ao trazer consigo as drogas destinadas à comercialização. Necessidade de redução da pena-base. Descabimento da Incidência do art. 33, § 4.º, da Lei 11.343/06 e da substituição da carcerária por restritivas de direitos. Regime prisional inicial fechado decorrente de disposição expressa em lei. Recurso provido em parte, para reduzir a pena." (fl. 176)

O Paciente foi condenado, em primeira instância, à pena total de 06 (seis) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e mais 600 (seiscentos) dias-multa, pela prática do delito inserto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006. Isso porque foi preso em flagrante no dia 15/12/2011, em posse de 03 (três) invólucros de *crack*, com peso líquido aproximado de 0,64g, e 08 (oito) invólucros de cocaína, com peso líquido aproximado de 4,52g.

Diante disso, a Defesa interpôs recurso de apelação perante a Corte estadual, a qual deu parcial provimento ao recurso para redimensionar a pena do Paciente para 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

Daí o presente *writ*, no qual se alega ilegalidade do afastamento da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, da Lei 11.343/2006, bem como da fixação do regime inicial fechado para cumprimento da pena.

Requer-se, liminarmente, a concessão de alvará de soltura em favor do Paciente e, no mérito, a aplicação da mencionada minorante em seu grau máximo e a fixação de regime inicial menos gravoso.

O pedido de liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 188/189.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

As judiciosas informações foram prestadas pelo Órgão Jurisdicional Impetrado, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito, às fls. 198/211.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 215/217, pela concessão parcial da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 270.779 - SP (2013/0158782-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS, CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI DE TÓXICOS AFASTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. QUANTIDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS QUE NÃO SE MOSTRA EXACERBADA A PONTO DE AFASTAR A APLICAÇÃO DA MINORANTE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS RECONHECIDAS COMO FAVORÁVEIS PELO TRIBUNAL ESTADUAL. INCIDÊNCIA DA MINORANTE NO PATAMAR MÍNIMO. REGIME PRISIONAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI N.º 8.072/90 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CABÍVEL O REGIME INICIAL SEMIABERTO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal da Relatora, também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. Paciente condenado, em primeira instância, à pena 06 (seis) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e mais 600 (seiscentos) dias-multa, pela prática do delito inserto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006. Interposto recurso de apelação pela Defesa, a Corte estadual reformou a sentença, reduzindo a pena para 05 anos de reclusão e 500 dias-multa.

4. O Tribunal de origem entendeu que a quantidade de drogas apreendidas – 03 (três) invólucros de *crack*, consubstanciados em 0,64g, e 08 (oito) invólucros de cocaína, com peso líquido aproximado de 4,52g –, impossibilitaria a aplicação da minorante inserta no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Contudo, a quantidade de entorpecentes, embora não seja mínima, não atinge patamar que impossibilite completamente a aplicação da referida minorante.

5. Incidência do § 4.º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06, à razão mínima de 1/6, ao se considerar a pena-base fixada no mínimo legal, em razão da inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e não reconhecida a dedicação do Paciente à atividade criminosa.

6. Considerando o *quantum* da pena estabelecido e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, mostra-se cabível a fixação do regime semiaberto, a teor do disposto no art. 33, § 2.º, alínea *b*, e § 3.º do Código Penal. Incidência do enunciado n.º 440 da Súmula desta Corte.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. *Writ* não conhecido. Ordem de *habeas corpus* concedida, de ofício, para aplicar a causa de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, no patamar mínimo, redimensionando a pena do Paciente para 04 anos e 02 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 417 dias-multa.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Preliminarmente, é mister referir que a impetração de *habeas corpus* **originário** nesta Corte, prevista no art. 105, inciso I, alínea *c*, da Constituição da República, é Garantia Fundamental destinada ao relevantíssimo papel de salvaguardar o direito ambulatorial (CR, art. 5.º, inciso LXVIII) e, por isso, a Carta Magna confere-lhe plena eficácia.

No ponto, só se pode admitir a limitação que se conclui da regra processual prevista no próprio Texto Constitucional, em seu art. 105, inciso II, alínea *a*, qual seja, ao *writ* impetrado em substituição ao recurso ordinário constitucional. Não pode tal entendimento ser estendido para a hipótese que se convencionou denominar de "*habeas corpus* substitutivo de recurso especial".

Contudo, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou orientação majoritária de que é inadequado o manejo de *habeas corpus* se há possibilidade de impugnação ao ato decisório do Tribunal *a quo* por intermédio de recurso especial – a despeito do meu posicionamento, em consonância com o do Supremo Tribunal Federal (vide RHC 118.623/MS, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 19/11/2013, DJe de 05/12/2013; HC 110.118, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Rel. p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, DJe de 07/08/2012; HC 115.715, Rel. Min. ROSA WEBER, Rel. p/ acórdão Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 12/09/2013; RHC 117.845, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 07/10/2013; HC 113.690, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 08/10/2012, *v.g.*).

Desde então, passei a decidir de acordo com o entendimento majoritário da Turma que componho para – frise-se, com ressalva do meu –, não conhecer de *mandamus* impetrado em substituição a recurso especial, o que farei até que tal orientação, venha, eventualmente, a ser modificada. Isso, contudo, sem prejuízo de deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

Pois bem, no caso dos autos, o Paciente foi condenado, em primeira instância, à pena total de 06 (seis) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e mais 600 (seiscentos)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dias-multa, pela prática do delito inserto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006. Isso porque foi preso em flagrante no dia 15/12/2011, em posse de 03 (três) invólucros de *crack*, com peso líquido aproximado de 0,64g, e 08 (oito) invólucros de cocaína, com peso líquido aproximado de 4,52g.

O Juízo sentenciante fixou a pena do Paciente em 06 (seis) anos de reclusão, não aplicando, porém, a causa de diminuição do art. 33, § 4.º, da Lei 11.343/2006, e fixando o regime inicial fechado para o cumprimento da pena. Confira-se:

"[...]

O réu não ostenta antecedentes criminais, porém, demonstrou que faz do tráfico sua ocupação habitual, obtendo diariamente quantias em dinheiro muito superiores a de qualquer trabalhador honesto em seu meio social, a revelar alta periculosidade com distribuição indiscriminada de grandes quantidades de drogas a inestimável número de usuários, além disso, cabe considerar o alto grau de nocividade do tipo de droga apreendida em poder do réu, como circunstâncias judiciais largamente desfavoráveis, nos termos do artigo 42 da Lei 11.343/2006, a impor majoração da pena base, que fica acrescida de 1/5, em seis anos de reclusão e seiscentos dias multa. Não há circunstâncias agravantes ou atenuantes genéricas a considerar para efeitos dos artigos 61 e 65 do Código Penal. Pelo mesmo fundamento da majoração da pena, fica afastada a aplicação da causa especial de redução de pena prevista no §4º do artigo 33, que pressupõe circunstâncias judiciais totalmente favoráveis ao condenado, afastadas no caso.

Os dias multa serão calculados pelo valor unitário mínimo legal, não havendo prova da condição econômica da ré, nos termos do artigo 60 do Código Penal.

O regime inicial de cumprimento da pena será o fechado, nos termos do artigo 2º, §1º, da Lei nº 8072/90.

Do exposto, julgo procedente a ação penal, para condenar Janio Desiderio dos Santos, qualificado à f. 15, como incurso no artigo 33 "caput" da Lei nº 11343/06, às penas de seis anos de reclusão, em regime inicial fechado, e seiscentos dias multa, calculados pelo valor unitário mínimo legal.

[...]" (fl. 126)

Por sua vez, o Tribunal *a quo* reformou a sentença, para redimensionar a pena do Paciente para 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, mantido o regime inicial fechado, e afastada a minorante inserta no art. 33, § 4.º, da Lei 11.343/2006. Para tanto, utilizou-se da seguinte fundamentação, *litteris*:

"[...]

A redução prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06 não poderia incidir, em atenção às espécies e quantidade das drogas apreendidas, uma delas de alta potencialidade lesiva à saúde pública. Os parâmetros previstos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no art. 42 da mencionada lei devem ser observados em todas as fases da dosimetria.

[...]

Do mesmo modo, é inviável a fixação de regime inicial mais brando, porque a Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, ao modificar a Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), estatuiu, de maneira expressa, em seu artigo 2º, §1º que as penas relativas aos crimes previstos no caput deste artigo - entre eles o tráfico ilícito de entorpecentes - serão cumpridas inicialmente em regime fechado.

Pelo exposto, meu voto dá parcial provimento ao recurso, para reduzir a pena a cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa, no piso." (fls. 179/180)

Nos termos do art. 33, § 4.º, da Lei de Tóxicos, fará jus à aplicação da causa especial de diminuição prevista no mencionado dispositivo o acusado primário, portador de bons antecedentes, que não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

Como se vê, a Corte *a quo* entendeu que a quantidade de drogas apreendidas – 03 (três) invólucros de *crack*, consubstanciados em 0,64g, e 08 (oito) invólucros de cocaína, com peso líquido aproximado de 4,52g –, impossibilitaria a aplicação da minorante inserta no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

Esse critério, por certo, deve ser usado para aplicar a causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Antidrogas, de modo adequado.

Porém, na espécie, a quantidade de entorpecentes, embora não seja mínima, não atinge patamar que impossibilite completamente a aplicação da referida minorante.

Nesse contexto, deve ser a pena diminuída, em face do preenchimento dos requisitos do § 4.º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, especialmente se se considerar que fixada a pena-base no mínimo legal – 05 (cinco) anos –, em razão da inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e não reconhecida a dedicação do Paciente à atividade criminosa. Porém, à razão mínima de 1/6, devido à apreensão de quantidade razoável de entorpecentes de natureza altamente lesiva.

Nesse sentido, vejam-se os seguintes julgados desta Corte, *mutatis mutandis*:

"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 33 C/C O ART. 40, INCISO III, AMBOS DA LEI Nº 11.343/2006. CONFISSÃO ESPONTÂNEA EXTRAJUDICIAL. RETRATAÇÃO EM JUÍZO. INCIDÊNCIA COMO ATENUANTE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. INCIDÊNCIA. PECULIARIDADES DO CASO. REDUÇÃO EM PATAMAR INFERIOR AO MÁXIMO LEGAL. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA.

I - Se a confissão na fase inquisitorial, posteriormente retratada em juízo, alicerçou o decreto condenatório, é de ser reconhecido o benefício da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atenuante do art. 65, III, alínea d, do CP (Precedentes do STJ e do Pretório Excelso).

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

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

IV - Assim, tendo em vista que a paciente é primária, não registra maus antecedentes e a quantidade de droga apreendida não evidencia, por si só, sua dedicação à atividade criminosa, nem que integra organização criminosa, é de rigor a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Porém, no percentual de 1/6 (um sexto), diante da quantidade e natureza de droga apreendida, haja vista que, no tráfico de entorpecentes, tal fator é relevante para a fixação da reprimenda.

Habeas corpus concedido." (HC 163.064/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 20/09/2010 – sem grifos no original.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS INERENTES AO TIPO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. CABIMENTO. REDUÇÃO DO QUANTUM DA MINORANTE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA.

1. A aplicação da pena-base acima do patamar mínimo exige fundamentação concreta quanto às circunstâncias tidas por desfavoráveis.

2. Os elementos inerentes ao tipo penal não podem ser utilizados para se valorar negativamente as circunstâncias judiciais.

3. Embora a quantidade de drogas possa ser utilizada para majorar a reprimenda, a teor do que dispõe o art. 42 da Lei nº 11.343/06, as instâncias ordinárias não fizeram alusão a tal particularidade.

Assim, considerando que o habeas corpus é meio de defesa, não se pode, a essa altura, agravar a situação do paciente.

4. Considerando a quantidade, a natureza e a diversidade dos entorpecentes apreendidos, a redução pode ser fixada em patamar inferior ao máximo previsto na Lei Antidrogas.

5. No caso, foram encontrados em poder do paciente 251 (duzentos e cinquenta e uma) pedras de crack e 8 (oito) tabletes de maconha, o que possibilita a redução em 1/6 (um sexto).

6. Ordem concedida para, de um lado, fixar a pena-base, pelo crime de tráfico de drogas, no mínimo legal; de outro lado, aplicando a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 no patamar de 1/6 (um sexto), reduzir as reprimendas impostas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao paciente, de 6 (seis) anos e 600 (seiscentos) dias-multa a 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa."
(HC 134.885/MG, 6.^a Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 26/04/2010 – sem grifos no original.)

Nesse contexto, em face do preenchimento dos requisitos do § 4.º do art.33 da Lei n.º 11.343/06, deve ser aplicada a diminuição no patamar mínimo (1/6), fixada a pena do Paciente em **4 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, e pagamento de 417 (quatrocentos e dezessete) dias-multa**. A redução justifica-se com fundamento na natureza das drogas apreendidas e em suas quantidades, atendendo-se à proporcionalidade necessária e suficiente à reprovação do crime.

Ademais, no que tange o regime inicial de cumprimento da pena, ressalto que o Supremo Tribunal Federal – no julgamento do HC n.º 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/06. Tal dispositivo impunha o regime inicial fechado para as condenações por crimes hediondos e equiparados. A partir de então, as regras do art. 33 do Código Penal passaram a ser utilizadas também na fixação do regime prisional inicial desses espécies delitivas.

In casu, o Tribunal de origem negou ao Paciente a possibilidade de cumprir a pena em regime inicial mais brando, fundamentando-se exclusivamente na redação da Lei n.º 11.464/06, não expondo qualquer elemento do caso concreto que pudesse ensejar a manutenção do regime inicial fechado.

Com efeito, o Paciente, réu primário (fl. 27), foi condenado à pena reclusiva de 05 (cinco) anos, sendo-lhe favoráveis as circunstâncias judiciais. Portanto, não é legítimo agravar o regime de cumprimento da pena, a teor do disposto no art. 33, § 2.º, alínea *b*, e § 3.º do Código Penal, o qual dispõe que "*o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto*".

A propósito, confira-se o disposto no enunciado n.º 440 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, *litteris*:

"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 tem sido os reiterados julgados do Supremo Tribunal Federal, cuja jurisprudência está espelhada nos verbetes sumulares n.ºs 718 e 719, respectivamente, *in*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

verbis:

"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."

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do writ. Porém, CONCEDO A ORDEM de *habeas corpus*, de ofício, para aplicar a causa de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, no patamar mínimo, redimensionando a pena do Paciente para **04 anos e 02 meses de reclusão**, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, **mais o pagamento de 417 dias-multa**.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0158782-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 270.779 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00844552220118260224 20130000157100 27252011 844552220118260224

EM MESA

JULGADO: 12/08/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MOURA RIBEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JANIO DESIDERIO DOS SANTOS (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 da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.