



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 294.072 - SP (2014/0106155-0)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FABIO HENRIQUE ESPOSTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ABNER HENRIQUE VIANA

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/06. REDUÇÃO EM PATAMAR INFERIOR AO MÁXIMO LEGAL. REGIME ABERTO. CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Ministra **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - A expressiva quantidade de droga apreendida, **aliada a outras circunstâncias próprias do caso concreto**, ora pode impedir a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 - caso em que estará evidenciada a dedicação à atividade criminosa (**Precedentes**), ora como fator que, embora não impeça a aplicação da causa de diminuição, será tomada como parâmetro para definir o **quantum** da redução da pena.

IV - Assim, tendo em vista que o paciente é primário, expressamente reconhecido na sentença, não registra maus antecedentes e a quantidade de droga apreendida não evidencia, por si só, sua dedicação à atividade criminosa, nem que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

íntegra organização crimínosa, é de rigor a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Porém, no percentual de 1/2 (metade), conforme reconhecido pelo v. acórdão impugnado, diante das circunstâncias do caso concreto.

V - O **Pretório Excelso**, nos termos da r. decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do **HC n. 97.256/RS**, ao considerar inconstitucional a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, contida no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06 - cuja execução foi suspensa pelo Senado Federal (Resolução n. 5 de 16/2/2012) -, permitiu a concessão da benesse legal aos condenados pelo crime de tráfico de drogas desde que preenchidos requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

VI - O Supremo Tribunal Federal também declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 - com redação dada pela Lei 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 - **In casu**, o magistrado de 1º grau fixou a pena-base acima do mínimo legal, a teor do disposto no art. 42 da Lei nº 11.343/2006, em razão da natureza da droga (2,9 g de cocaína). Dessa forma, incabível o regime inicial aberto para cumprimento da reprimenda, tampouco a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Contudo, o paciente faz jus ao regime semiaberto, compatível com a reprimenda imposta, a teor do disposto no art. 33, §2º, **b**, e §3º, do CP.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício apenas para, **confirmando-se a liminar deferida**, fixar o regime **semiaberto** de cumprimento de pena, **ex vi** do art. 33, §2º, **b**, e §3º do Código Penal.

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, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) e Walter de Almeida Guilherme (Desembargador



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 03 de fevereiro de 2015 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 294.072 - SP (2014/0106155-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Cuida-se de **habeas corpus**, com pedido de liminar, impetrado em benefício de ABNER HENRIQUE VIANA, contra v. acórdão prolatado pela col. Décima Quinta Câmara de Direito Criminal do eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado como incurso nas sanções do art. 33, **caput**, da Lei nº 11.343/06, à pena de **5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão**, em regime inicial fechado.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, no qual o eg. Tribunal **a quo** deu parcial provimento, para reduzir as penas do paciente para **2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão**, conforme ementa que ora transcrevo, **verbis**:

"APELAÇÃO - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - PROVADA AUTORIA E MATERIALIDADE - PALAVRA DE POLICIAL - SUFICIÊNCIA - DESCLASSIFICAÇÃO - Impossibilidade: Flagrado na posse dos entorpecentes embalados e do dinheiro em notas fracionadas, após denúncia de tráfico no local, circunstâncias aliadas à palavra dos policiais que não tinham motivo algum para uma falsa inculpação, impossível a absolvição ou a desclassificação pretendida.

PENA - AFASTAMENTO DA INCIDÊNCIA DA MAJORANTE PREVISTA NO INCISO III, DO ARTIGO 40, DA LEI 11.343/06 - IMPOSSIBILIDADE: Comprovado que o apelante foi preso próximo a estabelecimento médico e esportivo, impossível o afastamento da causa de aumento da pena.

REDUÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06 - Cabimento: Tratando-se de agente primário, menor de idade e sem antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas, nem integra organização criminosa, cabível a redução da pena, mostrando-se mais justa a fração de 1/2 (metade).

ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS - DESCABIMENTO: Além da expressa previsão legal para início do cumprimento da pena em regime fechado que, por si só já seria



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incompatível com a substituição, uma interpretação teleológica e sistemática do ordenamento jurídico indica a insuficiência da substituição como resposta jurisdicional apta à reprovação e prevenção de novas condutas. Recurso parcialmente provido apenas para redução das reprimendas" (fl. 72).

Daí o presente **writ**, no qual alega o impetrante, em síntese, que: a) o paciente faria jus à minorante do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 em seu patamar máximo de 2/3 (dois terços); b) o regime inicial fechado para cumprimento da pena não se justificaria, uma vez que teve por fundamento apenas a hediondez do delito; e c) seria cabível a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

A liminar foi **deferida em parte**, apenas para permitir ao paciente que aguarde o julgamento do **writ** no **regime semiaberto** (fls. 108-112).

Informações prestadas às fls. 194-249 e 251-276.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 280-286, manifestou-se pelo **não conhecimento** do **habeas corpus**.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 294.072 - SP (2014/0106155-0)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/06. REDUÇÃO EM PATAMAR INFERIOR AO MÁXIMO LEGAL. REGIME ABERTO. CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: **HC** n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; **RHC** n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e **RHC** n. 117.268/SP, Rel. Ministra **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: **HC** n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; **HC** n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; **HC** n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e **HC** n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ofício.

III - A expressiva quantidade de droga apreendida, **aliada a outras circunstâncias próprias do caso concreto**, ora pode impedir a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 - caso em que estará evidenciada a dedicação à atividade criminosa (**Precedentes**), ora como fator que, embora não impeça a aplicação da causa de diminuição, será tomada como parâmetro para definir o **quantum** da redução da pena.

IV - Assim, tendo em vista que o paciente é primário, expressamente reconhecido na sentença, não registra maus antecedentes e a quantidade de droga apreendida não evidencia, por si só, sua dedicação à atividade criminosa, nem que integra organização criminosa, é de rigor a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Porém, no percentual de 1/2 (metade), conforme reconhecido pelo v. acórdão impugnado, diante das circunstâncias do caso concreto.

V - O **Pretório Excelso**, nos termos da r. decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do **HC n. 97.256/RS**, ao considerar inconstitucional a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, contida no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06 - cuja execução foi suspensa pelo Senado Federal (Resolução n. 5 de 16/2/2012) -, permitiu a concessão da benesse legal aos condenados pelo crime de tráfico de drogas desde que preenchidos requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

VI - O Supremo Tribunal Federal também declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 - com redação dada pela Lei 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 - **In casu**, o magistrado de 1º grau fixou a pena-base acima do mínimo legal, a teor do disposto no art. 42 da Lei nº 11.343/2006, em razão da natureza da droga (2,9 g de cocaína). Dessa forma, incabível o regime inicial aberto para cumprimento da reprimenda, tampouco a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Contudo, o paciente faz jus ao regime semiaberto, compatível com a reprimenda



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

imposta, a teor do disposto no art. 33, §2º, **b**, e §3º, do CP.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício apenas para, **confirmando-se a liminar deferida**, fixar o regime **semiaberto** de cumprimento de pena, **ex vi** do art. 33, §2º, **b**, e §3º do Código Penal.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (**v.g.: HC n. 109.956/PR**, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; **RHC n. 121.399/SP**, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e **RHC n. 117.268/SP**, Rel. Ministra **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014).

As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (**v.g.: HC n. 284.176/RJ**, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; **HC n. 297.931/MG**, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; **HC n. 293.528/SP**, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e **HC n. 253.802/MG**, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

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

Nas razões do presente **writ** busca o impetrante a aplicação do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06 na sua fração máxima, com a consequente fixação do regime inicial aberto e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

Quanto ao reconhecimento da incidência do redutor inserto no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, é importante verificar o seguinte excerto do v. acórdão impugnado, que o aplicou na fração de 1/2 (metade):

"Tem razão, contudo, a douta Defesa quanto à redução no que diz respeito à possibilidade do reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

A pena base foi fixada em 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal por conta da natureza da substância para, na sequência, voltar ao patamar inicial pela compensação com a atenuante da menoridade. Pela incidência da causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei nº 11.343/06, pertinente o aumento de 1/6 (um sexto).

É verdade que ABNER mencionou que certa vez chegou a atuar como olheiro e entregou drogas para ganhar entorpecentes, porém isto é pouco para se concluir que quando dos fatos estava se dedicando à mercancia ou integrando organização criminosa.

*Primário, menor e sem antecedentes, não havendo nos autos comprovação efetiva de que estava se dedicando a atividades criminosas ou integrando organização criminosa, **pode ter a pena reduzida mostrando-se, diante das circunstâncias do caso concreto, mais correto a redução em ½ (metade)**, o que conduz as reprimendas a 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão e 291 (duzentos e noventa e um) dias-multa" (fl. 264, grifei).*

Esta eg. Corte vem decidindo que a expressiva quantidade de droga apreendida, **aliada a outras circunstâncias próprias do caso concreto**, ora pode impedir a incidência do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, - caso em que estará evidenciada a dedicação à atividade criminosa -, ora como fator que, embora não impeça a aplicação da causa de diminuição, será tomada como parâmetro para definir o **quantum** da redução da pena.

Na espécie, o eg. Tribunal **a quo**, ao reconhecer a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, apresentou fundamentação suficiente acerca do percentual a ser aplicado, **in casu**, de 1/2 (metade).

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06, EM SEU PATAMAR MÍNIMO. QUANTUM DESPROPORCIONAL. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGAS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. INCIDÊNCIA DO ART.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

46 DA LEI DE DROGAS. SEMI-IMPUTABILIDADE RECONHECIDA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. GRADAÇÃO DO REDUTOR CONFORME O GRAU DE INCAPACIDADE DO RÉU. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. ART. 2º, § 1º, DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS.

[...]

2. O legislador não definiu os critérios a serem adotados pelo magistrado para a escolha do percentual de redução da pena do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06. Dessa forma, compete ao Juiz de primeiro grau, dentro do seu livre convencimento motivado, considerar as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, e, especialmente, a natureza e a quantidade de droga, a teor do disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/061, para determinar o **quantum** de diminuição da reprimenda.

3. Na espécie, as instâncias ordinárias aplicaram a referida minorante no patamar de 1/6 (um sexto), em razão de terem sido apreendidas em poder do paciente 12 (doze) porções de cocaína, pesando aproximadamente 2,0g (duas gramas).

4. **Em observância ao princípio da proporcionalidade, não se justifica a aplicação do aludido redutor em seu grau mínimo, visto que a quantidade de droga apreendida em poder do paciente não se apresenta exacerbada, a ponto de revelar maior reprovabilidade na ação delituosa. Contudo, tratando-se a cocaína de substância de elevada toxicidade e nocividade à saúde humana, impõe-se a diminuição da pena em metade (1/2), por mostrar-se suficiente à reprovação e prevenção ao crime"** (HC n. 167376/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe de 1º/10/2014, grifei).

Na mesma linha do precedente colacionado é o entendimento do eg. Supremo

Tribunal Federal, **verbis**:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06). CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. INCIDÊNCIA EM PATAMAR INFERIOR AO MÁXIMO PREVISTO. VIABILIDADE. NATUREZA, DIVERSIDADE E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. ELEMENTO INDICATIVO DO GRAU DE ENVOLVIMENTO DO AGENTE COM A CRIMINALIDADE. ALTO POTENCIAL LESIVO DA DROGA APREENDIDA. FATOR RELEVANTE PARA A GRADAÇÃO DA MINORANTE. AUSÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS . INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. REGIME DE CUMPRIMENTO DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENA MAIS SEVERO DO QUE O PREVISTO SEGUNDO O SEU QUANTUM. GRANDE QUANTIDADE E DIVERSIDADE DOS ENTORPECENTES ENCONTRADOS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 44, III, DO CÓDIGO PENAL. RECURSO DESPROVIDO.

1. A redução da pena em virtude da minorante prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006, quando presentes os requisitos para a concessão do benefício, é regra in procedendo aplicável segundo a discricionariedade judicial, viabilizando que o magistrado fixe, fundamentadamente, o patamar que entenda necessário e suficiente para a reprovação do crime. Precedentes: HC 99.440/SP, Relator Ministro Joaquim Barbosa e HC 102.487/MS, Relator Ministro Ricardo Lewandowski.

2. O tráfico privilegiado, com minorante aplicável na terceira fase da dosimetria, pode ter sua extensão definida à luz do montante da droga apreendida, permitindo ao magistrado movimentar a redução dentro da escala penal de um sexto a dois terços, mediante o reconhecimento do menor ou maior envolvimento do agente com a criminalidade, máxime por ser conhecida no processo penal a figura da presunção hominis ou facti, consoante precedentes da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (Doutrina: LEONE, Giovanni. Trattato di Diritto Processuale Penale. v. II. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1961. p. 161-162).

3. A Primeira Turma deste Supremo Tribunal vem reconhecendo a possibilidade de considerar-se a natureza e a quantidade da droga apreendida como elementos indicativos do grau de envolvimento do agente com a vida criminoso, a autorizar maior ou menor redução da pena pelo art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Precedentes: HC 107581, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 28/08/2012; HC 102487, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 01/06/2010.

[...]

5. No caso sub examine, o regime semiaberto foi devidamente fixado com fundamento na quantidade e na variedade da droga apreendida, bem como nas circunstâncias do caso concreto. Precedentes: HC 108.487, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 14/09/2012 e RHC 101.278, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 21/05/2010.

6. A conversão de pena privativa de liberdade em restritiva de direitos depende do atendimento dos requisitos fixados no art. 44 do Código Penal, o que não ocorre na hipótese, uma vez que as circunstâncias de caso demonstram que a substituição da pena seria insuficiente e inadequada para reprovação e prevenção do delito.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. A mesma base legal invocada para impor o regime de cumprimento mais severo que o decorrente da pena aplicada serve de fundamento para negar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, consoante art. 44, III, do Código Penal. Precedente: HC 112.821, Rosa Weber, 1ª Turma, DJe de 11/10/2012.

9. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido" (RHC n. 119.122/ES, **Primeira Turma**, Rel. Min. **Luiz Fux**, DJe de 5/12/2013, **grifei**).

No que diz respeito ao regime inicial para cumprimento da pena, a r. sentença condenatória fixou o fechado (fl. 31), conforme se verifica, **verbis**:

"A pena deverá ser cumprida em regime inicial fechado (cf. STF, HC nº 82.959-7/SP), em razão da gravidade do delito, considerado hediondo, e sua forte repercussão social.

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão da incompatibilidade teleológica entre o instituto da substituição e a equiparação do tráfico ilícito de entorpecentes aos crimes hediondos" (fl. 31).

O v. acórdão impugnado, por sua vez, manteve o regime prisional fechado, de acordo com excerto que ora transcrevo:

"O regime prisional, contudo, diante da previsão Constitucional para um tratamento mais severo aos condenados por crimes hediondos, permanece na modalidade fechada. [...]

No presente caso, o agente não demonstrou arrependimento e tinham drogas que apontam maior periculosidade pela natureza da substância deixando claro, além da insuficiência de um regime mais brando, o descabimento da substituição da pena corporal por penas restritivas de direitos que fica restrita, repita-se, a situações especialíssimas inexistentes no caso atual" (fls. 264-265).

O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 - com redação dada pela Lei 11.464/07. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33 e do art. 59, ambos do Código Penal, bem como os enunciados 440 da súmula do Superior Tribunal de Justiça e 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal (**HC** n. 277.310/SP, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2/9/2014).

O **Pretório Excelso**, outrossim, nos termos da r. decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do **HC n. 97.256/RS**, ao considerar inconstitucional a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, contida no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06 - cuja execução foi suspensa pelo Senado Federal (Resolução n. 5 de 16/2/2012) -, permitiu a concessão da benesse legal aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

Por outro lado, na hipótese dos autos, o magistrado de 1º grau fixou a pena-base acima do mínimo legal, a teor do disposto no art. 42 da Lei nº 11.343/2006, em razão da natureza da droga, cujo trecho registro a seguir:

"Sopesados os critérios estabelecidos nos arts. 59 e 60 do Código Penal e o artigo 42 da Lei n.º 11.343/06, fixo a pena base majorada em 1/6 pela natureza da substância traficada.

O réu utilizou-se de cocaína no comércio de entorpecente, substância que apresenta maior lesividade à estrutura física e orgânica e com maior e mais rápido grau de dependência" (fl. 29).

Dessa forma, incabível o regime inicial aberto para cumprimento da reprimenda, como pretendido pelo impetrante, tampouco a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Contudo, o paciente faz jus ao regime semiaberto, compatível com a reprimenda imposta, a teor do disposto no art. 33, §2º, **b**, e §3º, do CP.

Diante de tais considerações, **não conheço do writ**.

Todavia, concedo a ordem de ofício apenas para, **confirmando-se a liminar deferida**, fixar o regime **semiaberto** de cumprimento de pena, **ex vi** do art. 33, §2º, **b**, e §3º do Código Penal.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0106155-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 294.072 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00026263720138260066 26263720138260066

EM MESA

JULGADO: 03/02/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FABIO HENRIQUE ESPOSTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ABNER HENRIQUE VIANA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) e Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.