



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 290.202 - SP (2014/0051322-9)**

**RELATORA** : MINISTRA LAURITA VAZ  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADO** : VIVIAN MONSEF DE CASTRO - DEFENSORA PÚBLICA  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : ANDRE DA SILVA

### EMENTA

*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. FIXAÇÃO DO *QUANTUM* DE REDUÇÃO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI N.º 8.072/90. ADEQUAÇÃO AO PRECEITO CONTIDO NO ART. 33 C.C. O ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS N.ºs 440 DESTA CORTE E 719 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM 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 desta 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. Hipótese em que o Paciente foi condenado às penas de 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, porque trazia consigo 05 (cinco) invólucros de "maconha", pesando 5 g (cinco gramas), 17 (dezessete) porções de *crack*, pesando 4 g (quatro gramas) e 51 (cinquenta e um) invólucros de "cocaína", com peso de 23 g (vinte e três gramas).

4. Na espécie, a natureza e a quantidade da droga apreendida justificam a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja, 2/3 (dois terços). Não havendo ilegalidade patente no *quantum* de redução pela minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, é vedado, na estreita via do *habeas corpus*, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória.

5. Diante da declaração de inconstitucionalidade do art. 2.º, § 1.º, da Lei



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07, pelo Supremo Tribunal Federal, não é mais possível fixar o regime prisional fechado com base no mencionado dispositivo. Deve-se utilizar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, a norma do art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal e as Súmulas 440 do Superior Tribunal de Justiça e 719 do Supremo Tribunal Federal.

6. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Ministro AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006.

7. Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra socialmente recomendável a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, considerando, sobretudo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente apreendida.

8. Ordem de *habeas corpus* não conhecida. Ordem concedida, de ofício, para, mantida a condenação, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado, determinar ao Tribunal Impetrado que proceda à fixação do regime prisional adequado, à luz dos elementos constantes nos autos.

### 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), 15 de maio de 2014 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ  
Relatora



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### **HABEAS CORPUS Nº 290.202 - SP (2014/0051322-9)**

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
ADVOGADO : VIVIAN MONSEF DE CASTRO - DEFENSORA PÚBLICA  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : ANDRE DA SILVA

### **RELATÓRIO**

#### **A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:**

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de ANDRE DA SILVA, em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido na apelação n.º 0001864-69.2013.8.26.0050.

No caso, o Paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, como incurso no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006, porque trazia consigo 05 (cinco) invólucros de "maconha", pesando 5 g (cinco gramas), 17 (dezessete) porções de *crack*, pesando 4 g (quatro gramas) e 51 (cinquenta e um) invólucros de "cocaína", com peso de 23 g (vinte e três gramas). Ao julgar o apelo defensivo, o Tribunal Impetrado deu parcial provimento ao recurso, a fim de reduzir a pena do Sentenciado para 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, mantido o regime inicial fechado, e pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa.

No presente *writ*, sustenta a Parte Impetrante, em síntese, a ilegalidade do acórdão impugnado, por ausência de motivação idônea. Especificamente, aduz que é cabível a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4.º, da Lei Antidrogas, em seu grau máximo, visto que a quantidade de drogas não é significativa e o Paciente é primário, tem bons antecedentes, não se dedica a atividades ilícitas nem integra organização criminosa. Pelas mesmas razões, afirma que, na hipótese, é possível a substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, considerando, também, que o art. 44 da Lei n.º 11.343/2006 foi declarado inconstitucional pela Suprema Corte. Alega, ainda, que o regime inicial para o cumprimento da reprimenda deve ser alterado para o aberto, pois a vedação legal prevista no § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90 é inconstitucional, sendo que a pena aplicada é inferior a quatro anos.

Desse modo, requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem de *habeas corpus*, nos termos explicitados acima.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A medida liminar foi indeferida, nos termos da decisão de fls. 49/50.

As judiciosas informações foram acostadas às fls. 58/88.

O Ministério Público Federal apresentou parecer às fls. 92/96, opinando pelo não conhecimento da ordem de *habeas corpus* e pela concessão da ordem de ofício, para que seja determinado o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que, afastada a vedação legal, proceda a fixação do regime inicial adequado e a análise do preenchimento dos requisitos da referida substituição da pena.

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 290.202 - SP (2014/0051322-9)**

### EMENTA

*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. FIXAÇÃO DO *QUANTUM* DE REDUÇÃO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI N.º 8.072/90. ADEQUAÇÃO AO PRECEITO CONTIDO NO ART. 33 C.C. O ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS N.ºs 440 DESTA CORTE E 719 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM 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 desta 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. Hipótese em que o Paciente foi condenado às penas de 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, porque trazia consigo 05 (cinco) invólucros de "maconha", pesando 5 g (cinco gramas), 17 (dezessete) porções de *crack*, pesando 4 g (quatro gramas) e 51 (cinquenta e um) invólucros de "cocaína", com peso de 23 g (vinte e três gramas).

4. Na espécie, a natureza e a quantidade da droga apreendida justificam a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja, 2/3 (dois terços). Não havendo ilegalidade patente no *quantum* de redução pela minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, é vedado, na estreita via do *habeas corpus*, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória.

5. Diante da declaração de inconstitucionalidade do art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07, pelo Supremo Tribunal Federal, não é mais possível fixar o regime prisional fechado com base no mencionado dispositivo. Deve-se utilizar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, a norma do art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal e as Súmulas 440 do Superior Tribunal de Justiça e 719 do Supremo Tribunal



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Federal.

6. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Ministro AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006.

7. Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra socialmente recomendável a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, considerando, sobretudo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente apreendida.

8. Ordem de *habeas corpus* não conhecida. Ordem concedida, de ofício, para, mantida a condenação, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado, determinar ao Tribunal Impetrado que proceda à fixação do regime prisional adequado, à luz dos elementos constantes nos autos.

### VOTO

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

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as turmas que compõem a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao **recurso ordinário constitucional**, nas hipóteses em que esse último é cabível. Isso porque as competências do Pretório Excelso e desta Corte tratam-se de matéria de direito estrito, previstas taxativamente na Constituição da República.

Contudo, a Suprema Corte não admite a extensão desse entendimento, por este Tribunal, aos casos de **writ substitutivo de recurso especial** (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), diante do que prevê a alínea c, inciso I, do art. 105, do Texto Constitucional.

Por isso, vinha insistindo no conhecimento do *mandamus* em tais casos, já que não há, na Carta Magna, limitação em tal sentido. Ao contrário, confere a Constituição plena eficácia ao remédio constitucional do *habeas corpus* para salvaguarda do direito ambulatorial (cabível tão somente a restrição que se conclui da regra processual prevista em seu art. 105, inciso II, alínea a).

Vale reproduzir, inclusive, no ponto, fundamentação exarada pelo Eminent



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro CELSO DE MELLO, ao proferir voto vogal no julgamento do HC 110.118/MS pela Segunda Turma do Pretório Excelso, *in verbis*:

*"Talvez a questão mais importante, neste caso, não seja a questão de fundo, mas, sim, a controvérsia em torno da admissibilidade e pertinência do remédio constitucional do "habeas corpus", que não pode ser comprometido, em sua eficácia e utilização, por razões, ainda que compreensíveis, de índole pragmática.*

*Tenho para mim que a decisão emanada do E. Superior Tribunal de Justiça, da lavra do eminente Ministro GILSON DIPP, mostra-se extremamente restritiva quanto à utilização do "habeas corpus", culminando por frustrar a aplicabilidade e a eficácia de um dos remédios constitucionais mais caros à preservação do regime de tutela e amparo à liberdade de locomoção física das pessoas.*

*O E. Superior Tribunal de Justiça, no acórdão objeto desta impetração, não conheceu da ação de "habeas corpus" lá ajuizada, por haver entendido tratar-se de "utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais".*

*Ao assim decidir, o E. Superior Tribunal de Justiça salientou, com apoio em fundamentação de que divirjo, que se vem registrando, no âmbito dos Tribunais, "uma irrefletida banalização e vulgarização do 'habeas-corpus'".*

*Preocupa-me, Senhor Presidente, abordagem tão limitativa das virtualidades jurídicas de que se acha impregnado o remédio constitucional do "habeas corpus" [...].*

*[...].*

*Desse modo, cabe insistir na asserção de que o "habeas corpus", em sua condição de instrumento de ativação da jurisdição constitucional das liberdades, configura poderoso meio de cessação do injusto constrangimento que afeta o direito de locomoção física das pessoas [...].*

*[..].*

*Delineado, assim, esse itinerário que o "habeas corpus" percorreu em nosso sistema de direito positivo, e consolidada, hoje, a função clássica que lhe é inerente - não obstante as vicissitudes impostas a esse importantíssimo remédio constitucional, tão temido por regimes autocráticos, como o atesta o art. 10 do AI nº 5/68 -, causa-me preocupação essa nova diretriz que vem de ser adotada pela colenda Quinta Turma do E. Superior Tribunal de Justiça e que, caso eventualmente prevaleça, implicará gravíssima restrição a um fundamental instrumento de proteção jurisdicional da liberdade em nosso País.*

*Torna-se fácil concluir, do que venho de expor, que o E. STJ restringiu, excessivamente, o alcance do remédio constitucional do "habeas corpus", impondo-lhe condicionamentos que a jurisprudência desta Corte Suprema considera inadmissíveis." (grifos originais).*

O julgamento do referido feito restou assim ementado:





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*"Criminal. Impetração de habeas corpus substitutivo de recurso especial. Admissibilidade. Peculiaridades do caso concreto. Concessão da ordem. O eventual cabimento de recurso especial não constitui óbice à impetração de habeas corpus, desde que o direito-fim se identifique direta e imediatamente com a liberdade de locomoção física do paciente. Habeas corpus concedido, para que o STJ aprecie o mérito do HC 176.122/MS." (HC 110.118, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Rel. p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe de 07/08/2012 – grifei.)*

Porém, não obstante o posicionamento do Supremo Tribunal Federal – com o qual me alinho –, fiquei vencida ao conhecer de *habeas corpus* substitutivos de recursos ordinários, no julgamento, pela Quinta Turma desta Superior Tribunal, dos HHCC 266.835/SP e 274.618/SP, em 21/11/2013.

Por tal razão, passarei a decidir de acordo com o entendimento majoritário deste Colegiado para – frise-se, com ressalva do meu posicionamento pessoal –, não conhecer de *writ* substitutivo de recurso especial, até que tal orientação, venha, eventualmente, a ser modificada. Isso, contudo, sem prejuízo de deferir-se ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

No caso, a Impetrante pleiteia a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4.º da Lei n.º 11.343/2006 em seu grau máximo, o estabelecimento de regime prisional menos gravoso e a substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.

Para boa compreensão da controvérsia, confirmam-se as razões de decidir do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

*"[...]*

*Entrementes, a reprimenda imposta comporta breve modificação.*

*A pena-base foi acertadamente balizada no patamar mínimo, ante a ausência de antecedentes criminais documentalmente comprovados nos autos.*

*Inexistiram, na segunda etapa, circunstâncias agravantes e atenuantes que devessem ser consideradas.*

*Na terceira e última fase da dosimetria, não agiu com o costumeiro acerto o MM. Juiz a quo ao negar a aplicação da causa de diminuição de pena do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas.*

*Isto porque, a legislação antidrogas (Lei nº 11.343/06), em seu artigo 33, § 4º, estabelece a redução, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), das penas previstas para os delitos definidos no caput e no § 1º, do mesmo artigo, nas hipóteses em que o agente seja primário, de bons antecedentes e não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.*

*E o MM. Juiz sentenciante, lastreado na natureza, diversidade, grande quantidade de drogas e na significativa importância em dinheiro, negou a incidência da aludida causa especial de diminuição de pena (fls. 81).*





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Contudo, cumpre anotar que a quantidade de droga apreendida (5g de maconha, 4g de crack e 23g de cocaína - peso líquido), embora não ínfima, não era demasiadamente elevada, a ponto de obstar a incidência da citada benesse, pois se mostrou totalmente compatível com a condição de pequeno traficante ostentada pelo apelante.*

*Também não há nos autos indícios suficientes a indicar que o acusado se dedicasse a atividades criminosas.*

*Em outras palavras, não ficou efetivamente comprovado, prova, aliás, que cabia exclusivamente à acusação, que o acusado estivesse envolvido com alguma organização criminosa ou que desempenhasse atividade criminosa, fatores estes que impediriam a concessão da causa especial de diminuição de pena do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.*

*No entanto, o patamar de 1/3 (um terço) é o que melhor se ajusta à espécie, inclusive consoante entendimento pacífico desta Colenda 14ª Câmara Criminal, uma vez que a quantidade de droga efetivamente apreendida é compatível com a condição de pequeno traficante do apelante, que é realmente primário e não registra antecedentes criminais documentalmente comprovados nos autos.*

*Em função disso, por preenchidos os requisitos legais, a pena até aqui apurada será reduzida em 1/3 (um terço), nos termos do dispositivo supramencionado, resultando a pena definitiva em 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.*

*O regime de cumprimento de pena, por sua vez, foi estipulado com acerto.*

*A Lei n.º 11.464, de 28 de março de 2007, modificando disposição da Lei n.º 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, como acertadamente estabeleceu o nobre magistrado sentenciante.*

*Inviável, outrossim, a substituição da reprimenda corporal por penas restritivas de direitos.*

*Nada obstante a edição, pelo Senado Federal, da Resolução nº 05/12, que suspendeu a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS, dita substituição se afigura amplamente contrária aos princípios norteadores da pena, além de também macular dispositivo constitucional.*

*Por primeiro, convém lembrar que o artigo 44, caput, da Lei de Drogas, que veda a conversão, por restritivas de direitos, das penas corporais aplicadas ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes (artigos 33, caput e § 1º), não teve sua execução suspensa, continuando plenamente em vigor.*

*E o aludido § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas nada mais fez do que criar uma mera causa especial de diminuição de pena, sendo certo que dito privilégio, em momento algum, desnaturou a conduta como sendo de tráfico.*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*E justamente por ser tratar de traficância, tal conduta permanece legalmente equiparada a crime hediondo, o que inviabiliza até mesmo a concessão da liberdade provisória.*

*Coibida, por previsão constitucional (artigo 5º, inciso XLIII, da Carta Magna), a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, quando ainda sequer formada a culpa, com maior razão deve ser impedida a convalidação da pena corporal em restritivas quando já afirmada a culpabilidade de crime equiparado a hediondo, inclusive, em alguns casos, pelo segundo grau de jurisdição.*

*Como se já não fosse o bastante, impende mencionar que punir o traficante, mesmo que eventual ou de pequeno porte, com penas restritivas de direitos, fere de morte todo o arcabouço legal relativo à prevenção e reprovação da conduta atinente ao tráfico de drogas, mesmo porque a imposição do regime fechado para o início do cumprimento da pena continua sendo um imperativo legal (artigo 2º, § 1º. da Lei no. 8.072/90), regime este que, à evidência, não se coaduna e menos ainda se compatibiliza com a conversão da pena corporal por restritivas de direitos.*

*Por fim, inaplicável, no caso, o artigo 387, § 2º, do Diploma Processual Penal, porquanto inexistentes nos autos quaisquer informações hábeis a respaldar não só a real situação processual do acusado, como um todo, mas, também, o requisito subjetivo indispensável à estipulação de regime diverso do ora imposto, já que se trata, ainda que de maneira oblíqua, de verdadeira e inoportuna progressão.*

*Ante o exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao apelo, a fim de reduzir a pena de ANDRÉ DA SILVA para 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, mantida, no mais, a respeitável sentença de primeiro grau, por seus próprios e jurídicos fundamentos" (Fls. 28/34).*

Na espécie, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a natureza e a quantidade da droga apreendida – 05 (cinco) invólucros de "maconha", pesando 5 g (cinco gramas), 17 (dezessete) porções de *crack*, pesando 4 g (quatro gramas) e 51 (cinquenta e um) invólucros de "cocaína", com peso de 23 g (vinte e três gramas) – justificam a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3 (dois terços), observando-se a proporcionalidade necessária e suficiente para reprovação do crime.

A propósito, vejam-se os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal:

**"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. APLICAÇÃO EM SEU GRAU MÁXIMO (2/3). INVIABILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. ORDEM DENEGADA.**

*I – As instâncias ordinárias não deixaram de justificar a aplicação da causa de diminuição em seu grau mínimo, pois se reconheceu que a*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*quantidade de droga apreendida, bem como sua natureza, seriam fundamentos hábeis a aplicar a redução em seu patamar mínimo, ou seja, em 1/6.*

*II - O juiz não está obrigado a aplicar o máximo da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas quando presentes os requisitos para a concessão desse benefício, tendo plena discricionariedade para fixar a redução no patamar que entenda necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, segundo as peculiaridades de cada caso concreto. Do contrário, seria inócua a previsão legal de um patamar mínimo e um máximo.*

*III - A pena imposta ao paciente pela prática do crime de tráfico não desbordou dos lindes da proporcionalidade e razoabilidade.*

*IV - Ordem denegada."* (STF, HC 106.611/MG, 1.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 03/03/2011.)

**"PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. APLICAÇÃO EM SEU PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.**

*1. A questão de direito versada nestes autos diz respeito à não-aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 em seu patamar máximo.*

*2. O fato de o paciente possuir bons antecedentes e boa conduta social, apesar de permitir a incidência da causa especial de diminuição de pena, não obriga sua aplicação em seu grau máximo, mormente quando, na espécie, o réu possui personalidade voltada ao mundo do crime.*

*3. Foi grande a quantidade de droga apreendida, o que reforça a impossibilidade de se reduzir a pena em 2/3 (dois terços).*

*4. Habeas corpus denegado."* (STF, HC 100.755/AC, 2.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe de 07/05/2010.)

Assim, não havendo ilegalidade patente no *quantum* de redução pela minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, é vedado, na estreita via do *habeas corpus*, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória.

No tocante ao regime de cumprimento de pena, diante da declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07, pelo Supremo Tribunal Federal, não é mais possível fixar o regime prisional fechado com base no mencionado dispositivo.

Nesse sentido:

**"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, NO PATAMAR DE 1/2 (UM MEIO). AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE, EM TESE. RESOLUÇÃO N.º 05/2012, DO SENADO FEDERAL. REGIME PRISIONAL: OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO AFASTADA. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, §§ 2.º E 3.º DO CÓDIGO PENAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.*

1. O Paciente, preso em flagrante delito no dia 26/01/2011, foi condenado à pena de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, como incurso no art. 33, caput, c.c. o § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

2. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

3. Na espécie, a natureza da droga apreendida - 44 (quarenta e quatro) porções de "cocaína" acondicionadas em pequenos tubos do tipo "eppendorf", com peso líquido de 33,4 (trinta e três gramas e quatro decigramas) -, conforme ponderado pelo acórdão combatido, justifica a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3 (dois terços).

4. Não havendo ilegalidade patente no quantum de redução pela minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, é vedado, na estreita via do habeas corpus, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória.

5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, declarou, por maioria, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

6. Afastado o óbice legal à conversão da pena privativa de liberdade em medidas restritivas de direitos, pela Resolução n.º 05/2012 do Senado Federal, deve o Juízo competente analisar o cabimento da conversão da reprimenda à luz do art. 44 do Código Penal.

7. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para determinar ao Juízo das Execuções Criminais que proceda ao exame do preenchimento ou não dos requisitos necessários à substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, bem como para estabelecer o regime prisional adequado." (HC 245.858/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 05/03/2013, DJe 12/03/2013.)

Deve-se utilizar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal e as Súmulas n.ºs 440 do Superior Tribunal de Justiça e 719 do Supremo Tribunal Federal.

Confirmam-se, a propósito, os mencionados verbetes sumulares:

*"Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito." (Súmula n.º 440 do STJ)*

*"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea." (Súmula n.º 719 STF)*

Cumpre salientar que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC 97.256/RS, Rel. Ministro AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, prevista no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, por afronta ao princípio da individualização da pena, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, pela qual foi suspensa a execução da referida regra.

A propósito, veja-se o seguinte precedente desta Corte Superior:

**"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO EM 1/3 (UM TERÇO). SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS.**

**1. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos', constante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como da expressão 'vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos', contida no art. 44 do mesmo diploma legal, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena, sendo possível a pena substitutiva aos traficantes de drogas, desde que preenchidos os pressupostos do art. 44 do Código Penal.**

**2. No caso concreto, mostra-se viável a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos aos agravados, condenados a pena definitiva inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, com circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal favoráveis e sendo pequena a quantidade de material tóxico apreendido - 20 (vinte) pedras de crack e 1 (uma) porção de Cannabis Sativa L.**

**3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 1.330.133/RS, Quinta Turma, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe 15/02/2013; grifos acrescidos.)**

Não obstante o afastamento do óbice legal, constata-se que, no caso em apreço, a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos não se mostra socialmente recomendável, considerando, sobretudo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente apreendida.

Ilustrativamente, veja-se:

**"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. REGIME FECHADO. OBRIGATORIEDADE, NA HIPÓTESE DE COMETIMENTO APÓS A LEI N.º 11.464/2007. MITIGAÇÃO DO REGIME**





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRISIONAL ADMITIDA, ENTRETANTO, QUANDO, APLICADA A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06, FOR SUBSTITUÍDA A PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS, O QUE NÃO CONSTITUI A HIPÓTESE DOS AUTOS. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL NA HIPÓTESE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. O Paciente foi condenado, como incurso no art. 33, caput, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, às penas de 03 anos e 04 meses de reclusão em regime fechado, e 340 dias-multa, por trazer consigo, para fins de traficância, 61 pedras de crack, 14 buchas de cocaína, um torrão de maconha e um pequena porção de maconha.

2. [...]

3. [...] **no caso em apreço, não se mostra socialmente recomendável a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, em razão da natureza, da diversidade e da quantidade das drogas apreendidas.**

4. Sendo inadequada à espécie a concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, deve o Paciente iniciar o cumprimento de sua pena no regime inicial fechado, nos termos da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007.

5. Habeas corpus denegado." (HC 204.559/RS, Quinta Turma, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe 27/04/2012; grifos acrescidos.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LEI Nº 11.343/06. INVIABILIDADE DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITO. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGA.

1. O Supremo Tribunal Federal entendeu possível, já diante da Lei nº 11.343/06, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ao considerar a inconstitucionalidade de parte do § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos.

2. **Em observância, todavia, ao art. 44, III, do Código Penal, diante da quantidade e diversidade da droga apreendida, não se mostra socialmente recomendável o deferimento do benefício da substituição de pena.**

3. Eventual conversão da pena corporal em medidas restritivas de direito consubstanciaria infringência ao princípio da proporcionalidade, em sua face que veda a proteção deficiente a bens jurídicos constitucionalmente tutelados. No caso, a saúde pública.

4. Ordem denegada." (HC 241.545/DF, Sexta Turma, Rel. Ministro OG FERNANDES, DJe 25/06/2012; sem grifo no original.)

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO da ordem de *habeas corpus*. CONCEDO a ordem, de ofício, para, mantida a condenação, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado, determinar ao Tribunal Impetrado que proceda à fixação do regime prisional adequado, à luz dos elementos constantes nos autos.



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

É como voto.





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0051322-9

PROCESSO ELETRÔNICO

**HC 290.202 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00018646920138260050 1432013 18646920138260050

EM MESA

JULGADO: 15/05/2014

#### **Relatora**

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
ADVOGADO : VIVIAN MONSEF DE CASTRO - DEFENSORA PÚBLICA  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : ANDRE DA SILVA

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

#### **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.