



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 306.352 - SP (2014/0260299-0)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO LOPES DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXANDRE LUIZ APOLINÁRIO

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA MINORANTE NO PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGAS. REGIME INICIALMENTE FECHADO. ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/90. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. **WRIT** 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 - Na hipótese, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manteve a decisão da magistrada de 1ª instância, que fixou o regime fechado para o início do cumprimento da pena, em cumprimento ao disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 e aduziu a gravidade em abstrato do delito, além de negar a substituição por pena restritiva de direitos.

IV - No que se refere à aplicação da minorante do § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, tenho que a redução se deu no patamar adequado, haja vista que o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

argumento utilizado, atinente à quantidade e à diversidade das drogas (**20 invólucros de cocaína e 30 pedras de crack**) justificam a redução em patamar menor que o estabelecido no referido dispositivo.

V - O Supremo Tribunal Federal, nos autos do **HC n. 111.840/ES**, reconheceu a inconstitucionalidade, de forma incidental, do § 1º, do art. 2º, da Lei n. 8.072/90, não sendo mais obrigatório o regime inicial fechado para os crimes hediondos.

VI - Do mesmo modo, o **Enunciado 440, da Súmula do STJ** afirma que *"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"*.

VII - **In casu**, da análise dos fundamentos expostos pelas instâncias ordinárias, quando da realização da dosimetria da pena, verifica-se que as circunstâncias judiciais do paciente foram avaliadas de modo inteiramente favorável, bem como que se trata de indivíduo primário, razão pela qual o regime que melhor atende sua situação, nos termos do art. 33, § 2º, c, e § 3º, do Código Penal, é o aberto.

VIII - O **Pretório Excelso**, nos termos da r. decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do **HC n. 97.256/RS**, considerou 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), e permitiu a concessão da benesse legal aos condenados pelo crime de tráfico de entorpecentes, desde que preenchidos requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

IX - **In casu**, o paciente, não reincidente, teve valoradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais, com a pena-base fixada no mínimo legal, e foi condenado pela prática de crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa (tráfico), à pena de **5 (cinco) anos** de reclusão, e, com a redução em **um terço**, em razão da incidência do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, à luz do art. 44 do Código Penal, também faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, nos termos do § 2º, do mencionado artigo do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime inicial aberto para o cumprimento da pena, com a consequente conversão da pena privativa de liberdade em duas restritivas de direito, consoante estabelece o art. 44, § 2º, do Código Penal, a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) e Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gurgel de Faria.

Brasília (DF), 12 de fevereiro de 2015 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 306.352 - SP (2014/0260299-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de ALEXANDRE LUIZ APOLINÁRIO, em face do v. acórdão proferido pela 14ª Câmara de Direito Criminal do eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O paciente foi condenado pela prática das condutas previstas no art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/2006, às penas de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a serem cumpridos em regime inicialmente fechado, e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa.

Irresignado, o Ministério Público interpôs apelação, a qual restou parcialmente provida para elevar a reprimenda para **3 (três) anos e 4 (quatro) meses** de reclusão, em regime inicial fechado e a 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, em acórdão assim ementado:

"TRÁFICO DE DROGAS - INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA - ABSOLVIÇÃO - INADMISSIBILIDADE MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS - PALAVRAS DOS POLICIAIS - VALIDADE - DECLARAÇÕES SEGURAS E COERENTES - CORROBORAÇÃO POR DEMAIS ELEMENTOS CARREADOS AOS AUTOS - QUANTIDADE, DIVERSIDADE, NATUREZA DOS ENTORPECENTES E CIRCUNSTÂNCIAS DA APREENSÃO QUE JUSTIFICAM O RECONHECIMENTO DO NARCOTRÁFICO - CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO DEFENSIVO IMPROVIDO.

TRÁFICO DE DROGAS - PENA - REDUÇÃO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06 - ADMISSIBILIDADE - RÉU PRIMÁRIO E SEM ANTECEDENTES - AUSÊNCIA DE ELEMENTOS CONTRÁRIOS À CONCESSÃO DA BENESSE - DIMINUIÇÃO, ENTRETANTO, DO PATAMAR APLICADO, CONSIDERANDO A QUANTIDADE, DIVERSIDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS - RECURSO MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVIDO PARA ESSE FIM" (fls. 76-77).

Daí o presente **writ**, com pedido de liminar, no qual sustenta o impetrante a ilegalidade na fixação do regime inicial fechado, com base na Lei n. 8.072/90, bem como da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não substituição por pena restritiva de direitos. Aduz ainda que o redutor do § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06 deveria ser aplicado no patamar máximo. Requer, ao final, seja dado provimento para reformar o v. acórdão guerreado, concedendo ao paciente os benefícios supramencionados.

A liminar foi por mim deferida, "*para que se observe em relação ao paciente o regime aberto até o julgamento final deste **habeas corpus***" (fl. 58-61).

As informações foram prestadas às fls. 73-102.

O Ministério Público Federal, às fls. 106-113, manifestou-se pelo não conhecimento do habeas corpus. Todavia, pela concessão da ordem, de ofício, para fixar o regime aberto para purgação da pena.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 306.352 - SP (2014/0260299-0)

EMENTA

PENAL. HABEAS CORPUS
SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL.
NÃO-CABIMENTO. TRÁFICO DE
ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA
MINORANTE NO PATAMAR MÁXIMO.
IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE E
DIVERSIDADE DE DROGAS. REGIME
INICIALMENTE FECHADO. ART. 2º, § 1º, DA LEI
N. 8.072/90. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE
INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF.
FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO.
SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE
DIREITOS. PREENCHIMENTO DOS
REQUISITOS. WRIT 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - Na hipótese, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manteve a decisão da magistrada de 1ª instância, que fixou o regime fechado para o início do cumprimento da pena, em cumprimento ao disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 e aduziu a gravidade em abstrato do delito, além de negar a substituição por pena restritiva de direitos.

IV - No que se refere à aplicação da minorante do § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, tenho que a redução se deu no patamar adequado, haja vista que o argumento utilizado, atinente à quantidade e à diversidade das drogas (**20 invólucros de cocaína e 30 pedras de crack**) justificam a redução em patamar menor que o estabelecido no referido dispositivo.

V - O Supremo Tribunal Federal, nos autos do **HC n. 111.840/ES**, reconheceu a inconstitucionalidade, de forma incidental, do § 1º, do art. 2º, da Lei n. 8.072/90, não sendo mais obrigatório o regime inicial fechado para os crimes hediondos.

VI - Do mesmo modo, o **Enunciado 440, da Súmula do STJ** afirma que *"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"*.

VII - **In casu**, da análise dos fundamentos expostos pelas instâncias ordinárias, quando da realização da dosimetria da pena, verifica-se que as circunstâncias judiciais do paciente foram avaliadas de modo inteiramente favorável, bem como que se trata de indivíduo primário, razão pela qual o regime que melhor atende sua situação, nos termos do art. 33, § 2º, c, e § 3º, do Código Penal, é o aberto.

VIII - O **Pretório Excelso**, nos termos da r. decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do **HC n. 97.256/RS**, considerou 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), e permitiu a concessão da benesse legal aos condenados pelo crime de tráfico de entorpecentes, desde que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preenchidos requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

IX - **In casu**, o paciente, não reincidente, teve valoradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais, com a pena-base fixada no mínimo legal, e foi condenado pela prática de crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa (tráfico), à pena de **5 (cinco) anos** de reclusão, e, com a redução em **um terço**, em razão da incidência do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, à luz do art. 44 do Código Penal, também faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, nos termos do § 2º, do mencionado artigo do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime inicial aberto para o cumprimento da pena, com a consequente conversão da pena privativa de liberdade em duas restritivas de direito, consoante estabelece o art. 44, § 2º, do Código Penal, a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

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. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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**.

Inicialmente analiso a causa de diminuição do § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06.

O eg. Tribunal **a quo** manifestou-se da seguinte forma:

"[...] Considerando as diretrizes dos artigos 59 e 60, do Código Penal, estabeleço a pena- base no mínimo legal, ou seja, 05 anos de reclusão e 500 dias-multa. Na sequência, aplico a redução do § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas no patamar de 1/3 (um terço), tendo em vista a quantidade e diversidade das drogas apreendidas, totalizando 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, mais o pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, tornada definitiva à míngua de circunstâncias modificadoras [...]" (fl. 89).

Depreende-se da leitura do excerto acima transcrito que a redução se deu no patamar adequado, haja vista que o argumento utilizado, atinente à quantidade e à diversidade das drogas (**20 invólucros de cocaína e 30 pedras de crack**) justificam a redução em patamar menor que o estabelecido no referido dispositivo.

Passo a apreciar o regime inicial de cumprimento de pena. É o teor do acórdão recorrido:

"[...] Correto também o regime inicial fechado, nos termos da Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, cabendo ao Juízo das Execuções Criminais a análise do eventual preenchimento dos requisitos para a concessão de progressão, afastando-se a alegada inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

Se assim não fosse, não teria sentido outro regime a ser fixado. O legislador, ao tratar o traficante de drogas com o rigor necessário, até pelo fato de o delito ser equiparado a hediondo, negou-lhe vários benefícios que a outras espécies de criminosos seriam cabíveis, como fiança, indulto, sursis, liberdade provisória etc. Portanto, seria contraditório que, condenados, esses infratores recebessem pena alternativa ou cumprissem as reprimendas em regime diverso do fechado.

Observo que o traficante, de grande ou pequeno porte, é um dos responsáveis diretos pela onda de violência que avassala o país e demonstra a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

necessidade de maior repressão e prevenção.

A deterioração moral em destacados seguimentos da sociedade brasileira já alcançou níveis insuportáveis, a ponto de afetar a tranquilidade social e a própria ordem pública. As práticas criminosas se tornaram condutas corriqueiras, de execução fácil e exercidas descaradamente, numa verdadeira inversão de valores [...]" (fls. 90-91.

Da leitura do excerto acima, observa-se que **não foi invocado outro fundamento para a imposição do regime inicial fechado ao paciente que não o óbice imposto pelo art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, além da gravidade em abstrato do crime, razão pela qual a ordem deve ser concedida de ofício.**

A uma, porque o Supremo Tribunal Federal, nos autos do **HC n. 111.840/ES**, declarou a inconstitucionalidade do § 1º, art. 2º, da Lei n. 8.072/90, não sendo mais cabível a imposição do regime inicial fechado a todos os condenados por crimes hediondos, devendo-se proceder a uma análise caso a caso das condições dos sentenciados, em homenagem ao princípio da individualização da pena, insculpido no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal. Nesse sentido, precedentes dessa Corte:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. NEGATIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE CONCRETA. MODUS OPERANDI. PACIENTE QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODO O PROCESSO. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. ANÁLISE A SER FEITA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. [...]

2. [...]

3. **Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.**

4. **In casu, foi fixado o regime inicial fechado com base, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.**

5. [...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Tribunal a quo fixe o regime inicial de cumprimento de pena à luz das balizas delineadas pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal" (HC n. 263.249/CE, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 29/10/2014).

"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. 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.

1. [...]
2. [...]
3. [...]
4. [...]
5. [...]
6. [...]

7. **No concernente ao regime prisional para o cumprimento da pena privativa de liberdade, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 10.072/90, com a redação dada pela Lei n.º 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar o disposto no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.**

8. [...]
9. [...]

10. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente para 10 (dez) meses de reclusão e 170 (cento e setenta) dias-multa, no regime aberto, substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos" (HC n. 167.376/SP, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Gurgel de Faria**, DJe de 1º/10/2014).

E a duas, porque quanto ao fundamento da gravidade abstrata do delito, o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entendimento encontra-se, inclusive, sumulado, conforme pode se depreender dos enunciados n. **718** e **719** da Súmula/STF, e n. **440** da Súmula/STJ, os quais transcrevo a seguir, respectivamente:

"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."

"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."

Da análise dos fundamentos expostos pelas instâncias ordinárias, quando da realização da dosimetria da pena, verifica-se que as circunstâncias judiciais do paciente foram avaliadas de modo inteiramente favorável, com a fixação da pena-base no mínimo legal, bem como se trata de indivíduo tecnicamente primário, razão pela qual o regime que melhor atende sua situação, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal, é o aberto.

Por fim, examino a substituição por pena restritiva de direitos.

O **Pretório Excelso**, nos termos da r. decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do **HC n. 97.256/RS**, considerou 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.

Dessa forma, o paciente, não reincidente, teve valoradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais, - com a pena-base fixada no mínimo legal -, e foi condenado pela prática de crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa (tráfico) à pena de **5 (cinco) anos** de reclusão, e, com a redução em **um terço** em razão da incidência do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, à luz do art. 44 do Código Penal, faz jus à substituição da pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

privativa de liberdade por duas restritivas de direito, nos termos do § 2º, do mencionado artigo do Código Penal.

Ante o exposto, não conheço do **habeas corpus**. **Concedo**, entretanto, a **ordem de ofício para, confirmando a liminar, fixar o regime inicial aberto para o cumprimento da pena, com a consequente conversão da pena privativa de liberdade em duas restritivas de direito, consoante estabelece o art. 44, § 2º, do Código Penal, a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Criminais.**

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0260299-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 306.352 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00059522420138260577 18913 1892013 20140000269136 59522420138260577

EM MESA

JULGADO: 12/02/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

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

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO LOPES DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXANDRE LUIZ APOLINÁRIO

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, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) e Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gurgel de Faria.