



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 289.702 - SP (2014/0046509-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ADRIANO LINO MENDONÇA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEANDRO ZAMBOM BARRETO

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA NEGADA COM BASE NA VEDAÇÃO LEGAL E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de revisão criminal.
2. Devidamente fundamentada a exasperação da pena-base com fulcro em elementos concretos dos autos, não há ilegalidade a ser sanada.
3. As instâncias de origem não lograram fundamentar a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 no percentual de 1/6, porquanto não declinaram qualquer motivação para a fixação do referido redutor em seu patamar mínimo. A existência de uma graduação (de 1/6 a 2/3) reclama decisão fundamentada com base nos elementos do caso concreto. Na espécie, ante a ausência de fundamentação idônea para a redução apenas em 1/6, é cabível a aplicação da causa especial de diminuição da pena no patamar de 2/3 (dois terços), sendo imperioso o redimensionamento da pena para 2 anos de reclusão.
4. *In casu*, foi fixado o regime inicial fechado com base, exclusivamente, na hediondez do delito. Do mesmo modo, foi negada a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos com fulcro, tão somente, na vedação legal e gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.
5. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso *sub judice*, uma vez que as instâncias de origem não procederam à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44 e incisos, do Código Penal.
6. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena imposta ao paciente para 2 anos de reclusão, bem como para que, afastada a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentação referente à hediondez e à gravidade abstrata do delito, bem como o óbice do art. 44 da Lei de Drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, à luz dos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44 e incisos, do Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 18 de novembro de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 289.702 - SP (2014/0046509-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ADRIANO LINO MENDONÇA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEANDRO ZAMBOM BARRETO

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de LEANDRO ZAMBOM BARRETO, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 0002404-84.2011.8.26.0698).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 dias-multa, pela prática do crime tipificado no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, nesses termos:

LEANDRO ZAMBON BARRETO está sendo processado pela Justiça Pública como incurso nas penas do artigo 33, "caput", da Lei 11.343/06 porque, segundo narra a peça inicial, no dia 26 de novembro de 2011, por volta das 18h30min, na Rua Benjamin Constam, 633, nesta cidade, mantinha em depósito, para fins de tráfico, 3,39 gramas da substância entorpecente como "crack", dividida em 13 papелotes, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

(...)

Procede, pois, a presente Ação Penal, pelo que passo a dosar a pena.

O artigo 42 da Lei 11343/06 estipulou que o Juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou produto, a personalidade e a conduta social do agente.

Portanto, os critérios mestres a justificar a fixação da pena entre o mínimo e o máximo legais são, preponderantemente, a natureza e a quantidade da substância ou produto, bem como a personalidade e a conduta social do agente.

No caso dos autos, a natureza do entorpecente traficado ("crack") reclama da Justiça elevação significativa da pena-base. Trata-se, como sabido, de entorpecente que tem apresentado alta procura no mercado espúrio, dada a provocação rápida de dependência.

Não bastasse isto, o consumo crônico da cocaína leva a grande aceleração do envelhecimento e profundos danos cerebrais irreversíveis, entre outros problemas de saúde.

Segundo o site <http://pt.wikipedia.org>, a cocaína é ilegal em todos os países do Mundo. A planta da coca é cultivada legalmente em volumes controlados em vários países da América do Sul, mais especificamente na cordilheira dos Andes (Bolívia, Colômbia e Peru). As folhas da coca são legais nesses países, mas a sua refinação é proibida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não se trata, portanto, de um entorpecente qualquer, mas de um entorpecente cuja nocividade é reconhecida em todos os países do mundo, inclusive naqueles mais liberais (Holanda, Inglaterra, etc.).

(...)

Não bastasse tudo isto, o "crack", derivado da cocaína, e entorpecente de efeitos sociais trágicos. Como já sabido, "o efeito social do uso do *crack* e o mais devastador entre as drogas normalmente encontradas no Brasil, o viciado em *crack* se torna gradativamente completamente dependente da droga, e a prática de pequenos crimes normalmente começa em casa, com o furto de objetos e eletrodomésticos para a compra da droga. O viciado em *crack* dificilmente consegue manter uma rotina de trabalho ou escola diário, passando a viver basicamente em busca da droga, não medindo esforços para consegui-la." Fonte: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Crack>.

Todavia, considerando-se que foram apreendidos apenas 13 papелotes da droga em poder do acusado, fixo a pena-base em 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, considerando-se os patamares mínimo e máximo legais.

Na segunda fase de aplicação da pena, sem atenuantes ou agravantes.

Na terceira fase, aplicável a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4.º, da Lei 11.343/06, considerando que o acusado é primário e não ostenta maus antecedentes, não havendo prova no sentido de que ele desenvolvia o tráfico profissionalmente (as denúncias sobre a traficância envolvendo o acusado teriam começado cerca de uma semana antes do fato).

Assim, e tendo em vista as mencionadas denúncias, a indicar que o acusado havia se conluiado com outros indivíduos alguns dias antes para traficar no local, reduzo a pena no mínimo legal, ou seja, em 1/6, chegando em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, tornando tal pena definitiva.

Fixo o regime inicial fechado de cumprimento de pena para o crime de tráfico de entorpecentes, nos moldes do artigo 2º, § 1.º, da Lei 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei 11.464/07.

Deixo de substituir a pena aplicada por pena restritiva de direitos, tendo em vista a proibição expressa prevista no artigo 44 da Lei 11.343/06, e considerando os efeitos nefastos decorrentes do crime de tráfico de entorpecentes, o que indica que a pena substitutiva não é suficiente para a repreensão e prevenção do crime.

Isto posto, e por tudo o mais que dos autos consta, julgo PROCEDENTE a presente Ação Penal, para CONDENAR o réu LEANDRO ZAMBON BARRETO, já qualificado, como incurso no artigo 33, "caput" da Lei 11.343/06, à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, no regime inicial fechado, e à pena pecuniária de 500 (quinhentos) dias-multa, fixados cada qual no valor de 1/30 do salário mínimo, nos moldes do artigo 60 do Código Penal. (fls. 16/23) (grifou-se).

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso, *verbis*:

2. Considerando que os pontos controvertidos restaram cabalmente analisados pelo E. Juízo *a quo*, preserva-se por seus próprios sustentáculos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a r. decisão guerreada, ficando também adotados, incorporados e expressamente ratificados, como fundamento deste acórdão, os motivos deduzidos no lúcido parecer.

No caso concreto o deslinde compatibilizou-se com o conjunto probatório.

O conteúdo ideológico das provas produzidas à luz do contraditório e da ampla defesa reveste-se de inafastável veracidade, prevalecendo dialeticamente sobre os argumentos expendidos nas razões recursais.

Com efeito, os relatos ofertados pelos milicianos Rogério Augusto Marconato e Donizete Godoy (fls 02 04 e mídia de fls. 105-A), conjugados com o Relatório de Investigação de fls. 41 e com a significativa quantidade de droga apreendida (treze porções de *crack*), evidenciam que o réu estava a exercer a mercancia nefanda.

E não se diga que os depoimentos que incriminam o apelante partiram dos policiais que o prenderam interessados, por isso, em ressaltar a lisura do seu procedimento. É bem sabido, já se o disse muitas vezes, que não furta a lei validade ao depoimento do policial, tanto que não o elenca entre os impedidos ou suspeitos, não o dispensa do compromisso de dizer apenas a verdade, nem o poupa dos inconvenientes do crime de falso testemunho, caso venha a sonegar a realidade dos acontecimentos.

Ao julgador cumpre conferir, a tais declarações, o justo e merecido valor, cotejando-as e confrontando-as com os demais elementos de convicção, atribuindo-lhes, ou não segundo seu livre convencimento, o merecido poder de persuasão.

Não se compreende, na verdade seja a atividade policial desprovida de um mínimo de eficiência, de ética e de veracidade, a ponto de se arvorar em incriminadora insensata de inocentes. Até porque nem teria sentido conferir a lei determinada tarefa ao agente da Segurança, para, ao depois, quando fosse ele convocado a prestar contas da sua atuação, negar valor ao que diz, pela preconceituosa admissão de que não fala a verdade.

3. Por derradeiro, o escarmento foi estabelecido a partir da rigorosa observância do sistema trifásico e das pertinentes reflexões que circunstâncias deste caso específico aconselhavam.

4 Diante do exposto, meu voto nega provimento ao apelo interposto por Leandro Zambon Barreto mantendo, pelos méritos que oferece, a r. decisão guerreada. (fls. 24-28).

Daí o presente *mandamus*, no qual o impetrante alega que as instâncias de origem não apresentaram justificativa idônea para exasperar a pena-base, uma vez que foi apreendida pequena quantidade de substância entorpecentes (3,39 gramas de *crack*).

Destaca que o paciente é primário, possui bons antecedentes e não se dedica à atividade criminosa.

Assere que não foi fundamentada a redução em apenas 1/6 (um sexto) na terceira fase da dosimetria.

Ressalta que a fixação do regime inicial de cumprimento da pena deve observar o teor do art. 33, § 2.º, do Código Penal.

Invoca as Súmula 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e a Súmula 440



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desta Corte.

Sublinha que, na espécie, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Assevera que o *modus operandi* encontra-se no estalão comum.

Informa que o paciente está preso desde 26.11.2011.

Requeru, liminarmente, a concessão do regime aberto. No mérito, pretende a fixação da pena-base no mínimo legal, a aplicação do redutor máximo da pena (art. 33, § 4.º, do CP), o estabelecimento do regime aberto e a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, advertindo-se que no caso de reconversão, o regime inicial será o aberto.

A liminar foi indeferida às fls. 47/50.

Foram prestadas informações às fls. 58/78 e 81/91.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Mario José Gisi, pela "concessão parcial da ordem para que seja determinado o regime semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade" (fls. 94/101).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 289.702 - SP (2014/0046509-6)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. *QUANTUM* DE INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA NEGADA COM BASE NA VEDAÇÃO LEGAL E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de revisão criminal.

2. Devidamente fundamentada a exasperação da pena-base com fulcro em elementos concretos dos autos, não há ilegalidade a ser sanada.

3. As instâncias de origem não lograram fundamentar a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 no percentual de 1/6, porquanto não declinaram qualquer motivação para a fixação do referido redutor em seu patamar mínimo. A existência de uma graduação (de 1/6 a 2/3) reclama decisão fundamentada com base nos elementos do caso concreto. Na espécie, ante a ausência de fundamentação idônea para a redução apenas em 1/6, é cabível a aplicação da causa especial de diminuição da pena no patamar de 2/3 (dois terços), sendo imperioso o redimensionamento da pena para 2 anos de reclusão.

4. *In casu*, foi fixado o regime inicial fechado com base, exclusivamente, na hediondez do delito. Do mesmo modo, foi negada a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos com fulcro, tão somente, na vedação legal e gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

5. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso *sub judice*, uma vez que as instâncias de origem não procederam à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44 e incisos, do Código Penal.

6. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena imposta ao paciente para 2 anos de reclusão, bem como para que, afastada a fundamentação referente à hediondez e à gravidade abstrata do delito, bem como o óbice do art. 44 da Lei de Drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, à luz dos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44 e incisos, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Ab initio, registre-se a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las.

(HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do *Resp* ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

Não se vislumbra manifesto constrangimento ilegal apto a ensejar a concessão da ordem, *ex officio*, porquanto foram adotados elementos concretos para justificar a dosimetria, não parecendo arbitrário ou desarrazoado o *quantum* imposto tendo em vista a natureza da substância entorpecente apreendida - *crack* (fl. 14), droga de alto poder viciante -, a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/06.

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

Nesse passo, tratando-se dos crimes previstos na Lei de Drogas, a quantidade e a natureza das substâncias entorpecentes são fatores que preponderam sobre as circunstâncias judiciais do art. 59 do *Codex*, haja vista que, quanto maior o volume e quanto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mais deletérios os efeitos da droga, maior será a probabilidade de lesão ao bem jurídico tutelado, qual seja, a saúde pública.

Com efeito, malgrado não seja expressiva a quantidade do entorpecente apreendido - tal como reconhecido o próprio Magistrado sentenciante (fl. 21) -, de sorte a justificar a majoração da sanção básica, entendo que a pena-base restou devidamente fundamentada com base em dado concreto dos autos, a saber, a natureza da droga - *crack* -, nos termos do art. 42 da Lei n.º 11.343/06.

Quanto à legitimidade da exasperação da pena, na primeira fase de sua individualização, com fulcro na natureza das drogas, cumpre colacionar alguns precedentes deste Sodalício, a título ilustrativo:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO-CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. AUMENTO SUSTENTADO NA NATUREZA E NA QUANTIDADE DA DROGA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

III - O art. 42, da Lei nº 11.343/06 determina que a natureza e a quantidade das drogas apreendidas sejam consideradas na fixação da pena-base. Assim, dada a natureza do entorpecente, no caso o crack, justificável o aumento imposto na pena-base, mormente porque a fundamentação utilizada pelas instâncias ordinárias se coaduna com a jurisprudência predominante (Precedentes).

IV - Tendo em vista que a tese apresentada, relativamente à confissão espontânea, não foi apreciada pela autoridade apontada como coatora, fica esta Corte impedida de examinar tal alegação, sob pena de indevida supressão de instância (Precedentes).

V - Os pedidos de fixação de regime inicial aberto e substituição por pena restritiva de direitos não podem ser acolhidos, à míngua dos requisitos legais. Habeas corpus não conhecido.

(HC 282.966/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/10/2014, DJe 03/11/2014)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. INADMISSIBILIDADE. TRÁFICO. DOSIMETRIA. PENA-BASE AFASTADA DO MÍNIMO LEGAL. ESPÉCIE DA DROGA APREENDIDA (CRACK). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. (...)

1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não têm mais admitido o habeas corpus como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais. Precedentes.

2. Quando manifesta a ilegalidade ou sendo teratológica a decisão apontada como coatora, situação verificada de plano, admite-se a impetração do mandamus diretamente nesta Corte para se evitar o constrangimento ilegal imposto ao paciente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. A natureza da droga apreendida, segundo o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, prepondera sobre as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, constituindo fundamento idôneo para afastar a pena-base do mínimo legal.

(...)

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, tão somente para afastar a vedação legal quanto ao regime de cumprimento de pena, determinando ao Juízo das Execuções a tarefa de verificar o regime prisional mais adequado ao paciente.

(HC 300.176/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 21/10/2014, DJe 10/11/2014)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. CRACK. ALTO PODER VICIANTE. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. As instâncias de origem adotaram fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base, não parecendo arbitrário ou desarrazoado o quantum imposto, tendo em vista a natureza da substância entorpecente apreendida - crack, droga de alto poder viciante -, a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006.

3. Habeas corpus não conhecido.

(HC 291.263/DF, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 18/09/2014, DJe 02/10/2014)

Assim, demonstrado o alto grau de reprovabilidade da conduta, decorrente da natureza da droga, as instâncias de origem entenderam ser imperiosa uma resposta penal mais efetiva, restando plenamente justificada a exasperação da pena-base.

Quanto à terceira fase da dosimetria, melhor sorte assiste ao impetrante.

Com efeito, as instâncias de origem não lograram fundamentar a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 no percentual de 1/6, porquanto não declinaram qualquer motivação para a fixação do referido redutor em seu patamar mínimo.

Nesse contexto, a meu ver, há ilegalidade, porquanto a existência de uma graduação de 1/6 a 2/3 reclama decisão fundamentada com base nos elementos do caso concreto.

É certo que, em regra, o *habeas corpus* não é a via adequada para se discutir pena, entretanto, em casos deste jaez, em que a ilegalidade é flagrante, não se mostra impróprio. Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. APLICAÇÃO EM PATAMAR MÍNIMO MANTIDA PELO TRIBUNAL A QUO COM BASE EM NOVOS FUNDAMENTOS. SITUAÇÃO DO PACIENTE NÃO AGRAVADA. INEXISTÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. 3. REDUÇÃO DA PENA EM PATAMAR INFERIOR AO MÁXIMO. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO. 4. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA APLICAR A CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA EM SEU PATAMAR MÁXIMO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir *habeas corpus* que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial, no afã de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanado mediante a concessão de *habeas corpus* de ofício, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. Não se configura *reformatio in pejus* quando o Tribunal de origem se manifesta acerca da causa de redução prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 sem, todavia, alterar seu cálculo, mantendo a situação do réu, tal como disposta na sentença.

3. A escolha da fração redutora referente à causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, fica a cargo e critério do julgador, que deverá fundamentar sua decisão, sob pena de se conferir ao réu o direito de ver a pena diminuída no grau máximo. A ausência de fundamentação, no entanto, equivale à inexistência de motivos para impedir que o réu faça jus ao benefício, em toda a sua extensão. À míngua de qualquer fundamentação em sentido diverso no acórdão atacado, deve ser assegurada ao paciente a redução da pena em 2/3 (dois terços).

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para aplicar a causa de redução da pena no patamar de 2/3 (dois terços), reduzindo-se a reprimenda para 1 (um) ano e 8 (oito) meses, a serem cumpridos em regime aberto, possibilitando-se a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juiz da Execução.

(HC 260934/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2013, DJe 29/04/2013)

HABEAS CORPUS. HIPÓTESES DE CABIMENTO. TRÁFICO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PATAMAR ESTABELECIDO EM UM SEXTO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REGIME E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA POR PENA RESTRITIVA. POSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência desta Corte tem refinado o cabimento do habeas corpus, restabelecendo o seu alcance aos casos em que demonstrada a necessidade de tutela imediata à liberdade de locomoção. Assim, verificada hipótese de dedução do writ em lugar do recurso próprio, impõe-se o não conhecimento da impetração, nada obstando que, uma vez constatada a existência de ilegalidade flagrante, se defira ordem de ofício, como forma de desconstituir o constrangimento ilegal.

2. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

3. Na hipótese, nada foi dito pelo Relator na origem que justificasse a aplicação da causa de diminuição em patamar mínimo, mas, ao contrário, toda explanação se direcionou em benefício do paciente, tendo sido destacada a primariedade e a pequena quantidade de entorpecente apreendido (13,6 gramas de cocaína).

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir as penas recaídas sobre o paciente, fixando-as, definitivamente, em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa e, de outro, para fixar o regime aberto para o cumprimento da pena, substituindo-a por duas penas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade e na limitação de fim de semana, a serem implementadas pelo Juízo das execuções.

(HC 177426/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 23/04/2013, DJe 30/04/2013)

Na espécie, ante a ausência de fundamentação idônea para a redução apenas em 1/6, é cabível a aplicação da causa especial de diminuição da pena no patamar de 2/3, sendo imperioso o redimensionamento da pena para 2 anos de reclusão.

No mais, cumpre salientar que, tanto a estipulação do regime inicial fechado - contida no § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072, que fora alterado pela Lei n.º 11.464/07 - quanto a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos - prevista no art. 44, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 - foram superadas pelo Pretório Excelso em decisões recentes. A esse respeito, confira-se o teor do Informativo n.º 569 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

A Turma, superando a restrição fundada no Enunciado 691 da Súmula do STF, concedeu habeas corpus a condenado pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33) para determinar que tribunal de justiça substitua a pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos ou, havendo reversão, que o início do cumprimento da pena privativa de liberdade se dê no regime aberto. Assentou-se que a quantidade de pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

imposta – 3 anos –, não constando circunstâncias desfavoráveis ao paciente, que não registra antecedentes, permitiria não só que a pena tivesse início no regime aberto (CP, art. 33, § 2º, c), mas, também, a substituição por pena restritiva de direitos (CP, art. 44, § 2º, segunda parte). HC 101291/SP, Rel. Min. Eros Grau, 24.11.2009. (HC-101291)

O citado *writ* possui esta ementa:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO MAIS GRAVE DO QUE O PREVISTO EM LEI. DIREITO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EXCEÇÃO À SÚMULA 691.

Tráfico de entorpecentes. Fixação da pena. Circunstâncias judiciais favoráveis. Pena fixada em quantidade que permite a substituição da privação de liberdade por restrição de direitos ou o início do cumprimento da pena no regime aberto. Imposição, não obstante, de regime fechado. Constrangimento ilegal a ensejar exceção à Súmula 691/STF. Ordem concedida. (HC n.º 101.291/SP; Relator(a): Ministro Eros Grau; Julgamento: 24/11/2009; Segunda Turma; DJe-027 - 12-02-2010)

Diante disso, a Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o *quantum* de pena aplicado, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal (HC n.º 118.776/MG, da relatoria do Ministro Nilson Naves, julgado em 18.3.2010), bem como a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 1º de setembro de 2010, se pronunciou sobre a matéria, no HC n.º 97.256, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, prevalecendo, por 6 votos a 4, o entendimento aqui expendido, no sentido de ser inconstitucional o dispositivo da Lei n.º 11.343/2006 que veda a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Convém sublinhar que o Senado Federal, no exercício da atribuição que lhe foi conferida pelo art. 52, inciso X, da Magna Carta, editou, em 15.2.2012, a Resolução n.º 05/2012, suspendendo a execução de excerto da Lei n.º 11.343/06 referente à expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" - contida no § 4º, do art. 33, declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos supra mencionado HC n.º 97.256. Confira-se:

O Senado Federal resolve:

Art. 1º É suspensa a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus n.º 97.256/RS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Registre-se, por oportuno, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, em sessão extraordinária realizada no dia 27.6.2012, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07. Confira-se:

"Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei n.º 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei n.º 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, com a redação dada pela Lei n.º 11.464/07, o qual determina que *"a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado"*. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito **ex nunc**, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado." (HC n.º 111.840/ES; Relator(a): Ministro Dias Toffoli; Julgamento: 27/06/2012; Tribunal Pleno)

Assim, restaram superadas pela Suprema Corte e por este Superior Tribunal a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes.

Na hipótese vertente, verifica-se que foi fixado o regime inicial fechado com



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

base, exclusivamente, na hediondez do delito. Do mesmo modo, foi negada a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos com fulcro, tão somente, na vedação legal e gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

Com efeito, consoante esposado alhures, tais questões foram superadas pelos tribunais superiores, de modo que não configuram fundamentação idônea a justificar a fixação do regime mais gravoso para os condenados pela prática dos delitos previstos na Lei Antitóxicos, haja vista que, para estabelecer o regime prisional e verificar a possibilidade de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve o Magistrado avaliar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelos arts. 33 e parágrafos, e 44 e incisos, do Código Penal, o que não ocorreu na espécie.

Em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, realizada em 12.11.2014, colheu-se informação de que a condenação do paciente transitou em julgado em 21.1.2013. Assim, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso *sub judice*, uma vez que as instâncias de origem não procederam à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44, e incisos, do Código Penal.

Ante do exposto, **não conheço** do writ. **Concedo a ordem, de ofício**, a fim de reduzir a pena do paciente para 2 anos de reclusão, bem como para que, afastada a fundamentação referente à hediondez e à gravidade abstrata do delito, bem como o óbice do art. 44 da Lei de Drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos à luz dos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44, e incisos, do Código Penal.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0046509-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 289.702 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00024048420118260698 1032210 1212011 20120000666707 24048420118260698

EM MESA

JULGADO: 18/11/2014

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ADRIANO LINO MENDONÇA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEANDRO ZAMBOM BARRETO

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

CERTIDÃO

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

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

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.