



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 351.144 - SP (2016/0064957-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DENISE NAKANO VERONEZI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO REGILVAN ARAUJO DIAS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. *QUANTUM* DE INCIDÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE E NATUREZA DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. REGIME FECHADO. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NÃO CONHECIMENTO.

1. Não há falar em exasperação do *quantum* da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, haja vista que a Corte de origem destacou que o paciente sequer faria jus à incidência da benesse em testilha, por dedicar-se às atividades criminosas, o que impede a aplicação da referida minorante, a qual, todavia, foi mantida em homenagem ao princípio do *non reformatio in pejus*. Salientou, ainda, o Tribunal *a quo*, que o estabelecimento do redutor na fração de 1/5 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, diante da quantidade e natureza das substâncias entorpecentes apreendidas - 81 invólucros de *crack* e 5 invólucros de maconha - a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. Motivada de maneira concreta a manutenção do *quantum* de aplicação do benefício, não há ilegalidade a ser reconhecida nesta via.

2. 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 e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

3. Devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial fechado e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos pela Corte de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, considerando-se que a quantidade e a natureza das drogas, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

4. *Habeas corpus* não conhecido.

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 habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora, vencidos os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Nefi Cordeiro, que concediam a ordem de ofício. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora, quanto ao não conhecimento do habeas corpus.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 03 de maio de 2016(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 351.144 - SP (2016/0064957-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DENISE NAKANO VERONEZI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO REGILVAN ARAUJO DIAS (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de PAULO REGILVAN ARAÚJO DIAS, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 0009555-03.2014.8.26.0050).

Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 4 anos de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 400 dias-multa, no piso, como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06. Eis o teor da sentença, no que interessa:

(...)

Bem firmada a responsabilidade do réu pela prática da traficância, passo a mensurar as reprimendas adequadas. Em primeira etapa, as circunstâncias judiciais se mostram favoráveis ao acionado, estabelecendo o cumprimento de pena privativa de liberdade de cinco anos de reclusão, bem como o pagamento de pena pecuniária em valor equivalente a quinhentos dias multa. Em segunda etapa, não existem atenuantes ou agravantes a serem ponderadas. A confissão se deu de forma parcial, certo que, mesmo assim, não tem o condão de trazer as reprimendas abaixo de seu mínimo legal. Na terceira fase, não existem causas de aumento de penas. Contudo, presente se encontra a causa de diminuição decorrente do disposto no art. 33, § 4º, da Lei Federal nº 11.343/06. Porém, tal especial circunstância não leva a, cegamente, aplicar-se o redutor em seu grau máximo, já que o fato de não integrar organizações criminosas, não se dedica a atividades ilícitas e ser primário, em verdade, não se mostra tamanho mérito, e sim, o que se espera de qualquer pessoa de bem que pretenda viver em sociedade. De tal forma, reduzo as reprimendas em 1/5, encerrando o cumprimento de pena privativa de liberdade de quatro anos de reclusão, e pagamento de multa em valor equivalente a quatrocentos dias multa, fixados estes em seu valor unitário mínimo. Estabeleço o dia multa em seu valor unitário mínimo (art. 43, da Lei Federal nº 11.343/06). O sentenciado cumprirá a pena corporal aplicada pela prática do delito descrito no artigo 33, *caput*, da Lei Federal nº 11.343/06, em regime inicial fechado, em atenção ao parágrafo 1º, artigo 2º, da Lei 8.072/90. Respeitado o entendimento de meus pares mais experientes, não há oportunidade para benefícios, em especial o disposto no art. 44, do Código Penal, que entendo inaplicável ao caso, posto não guardar suficiência na repreensão do desvio de conduta em avaliação (fls. 14/15).

O Tribunal *a quo* deu parcial provimento à apelação da defesa, nestes termos:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No tocante a pena, a base foi fixada no mínimo legal, em que pese a variedade e a expressiva quantidade de drogas, mas ante a inércia ministerial, a pena fica mantida no mínimo legal, visto que a r. sentença não aplicou o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/06.

Na segunda fase, reconheço a atenuante da confissão, já que o réu confessou que estava traficando no local dos fatos, contudo, é entendimento lapidado de que a pena não pode ser conduzida para além do mínimo legal, razão pela qual a manutenção da pena no mínimo se deu de forma esbarrada e é de rigor.

Entende-se que a pena nas duas primeiras fases da dosimetria não pode ir além do mínimo, tampouco além do máximo.

E este o entendimento nos termos da Súmula 231 do E. Superior Tribunal de Justiça: 'a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal'.

E nem se diga que referida Súmula ofende à Constituição Federal em vigor.

A constitucionalidade da vedação de redução além do piso legal pela aplicação de atenuantes na segunda fase da pena já foi decidida pelo Pretório Excelso.

(...)

A partir deste entendimento, o Supremo Tribunal Federal tem amplamente aplicado o disposto na Súmula 231 do C. Superior Tribunal de Justiça a seus julgados.

(...)

Portanto, nesta fase, ainda que presente a circunstância atenuante da confissão, mantém-se a pena no mínimo legal.

Na terceira fase, foi reduzida a pena na fração de 1/5 pela minorante do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, muito embora o réu tenha demonstrado que se dedica a atividades criminosas pelo encontro do dinheiro com as drogas, indicando a comercialização de outras porções do entorpecente, além de não possuir renda fixa, tudo isso indica que ele retirava da atividade ilícita seus ganhos para sobrevivência. Assim, não era o caso de concessão do redutor porque não preenchido requisito necessário ao reconhecimento da minorante. Contudo, ante a inércia ministerial, mantém-se a redução tal como fixada na sentença, sendo que a quantidade e natureza das drogas inviabiliza, por si só, o redutor em maior fração do que aquela aplicada na r. sentença.

Inviável a substituição da pena. O tráfico de entorpecentes é crime que gera diversos outros, sendo o verdadeiro mal do século. Ademais, o redutor foi concedido na fração de 1/5, devido à quantidade e natureza da droga, posto que presente maior reprovabilidade. Nos termos do artigo 42 da Lei 11.343/06, deve ser considerada a natureza e quantidade da droga com preponderância ao previsto no artigo 59 do Código Penal. Em face do bem jurídico protegido, aliado ao mencionado dispositivo legal, quanto maior a capacidade de viciar da droga, em abstrato, maior a reprovabilidade. No caso, a considerável quantidade de cocaína indica maior reprovabilidade, posto que tal entorpecente possui grande capacidade de viciar, como é notório e visto em toda a mídia. Importante salientar que, quando percebendo a relevante



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantidade de drogas, ainda que o réu seja primário e de bons antecedentes, sem ligações com o crime, pode-se reservar tal circunstância para determinação da fração de diminuição da pena.

Neste sentido, tem decidido o E. Superior Tribunal de Justiça:

(...)

Portanto, conforme demonstrado, é perfeitamente cabível a utilização da quantidade e da natureza da droga para embasar o *quantum* de redução aplicado. Assim, **o réu, com sua conduta, demonstrou alta reprovabilidade e periculosidade, motivos pelos quais não faz jus à substituição da pena corporal por restritiva de direitos, nos termos do artigo 44, III, do Código Penal.**

O regime para o cumprimento da pena é o fechado. Observo que foi apreendida grande quantidade de entorpecentes (cerca de 294 porções individuais de crack e 16 porções individuais de maconha). Sendo o crime de perigo contra a saúde pública, fica claro que tal quantidade poderia facilmente alcançar um elevado número de pessoas, o que denota maior reprovabilidade em sua conduta, visto o maior ataque ao bem jurídico. No caso, a natureza de uma das drogas (*crack*) também indica maior reprovabilidade, posto que tal entorpecente possui grande capacidade de viciar, como é notório e visto em toda a mídia. Assim em face do bem jurídico protegido, aliado ao artigo 42 da Lei nº 11.343/06, quanto maior a capacidade de viciar da droga, em abstrato, maior a reprovabilidade. Portanto, demonstrou periculosidade e culpabilidade acima da média, de forma que o regime fechado deveria ser o único que se mostraria suficiente para atingir a função preventiva específica da pena, que é inibir a prática de novas ações delituosas, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal.

(...)

Por fim, a r. sentença equivocou-se no tocante à capitulação, posto que reconheceu o redutor. Desta forma, o réu deve responder por infração ao artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao apelo para RECONHECER a atenuante da confissão, sem reflexos na pena, corrigindo-se a capitulação para artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, mantida, no mais, a r. sentença (fls. 30/34) (grifou-se).

Nesta via, alega fazer jus à causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, em seu grau máximo, tendo em vista o preenchimento de todos os requisitos para tanto.

Afirma que "o magistrado *a quo* não motivou de forma adequada a escolha da fração redutora da pena, não apresentando argumentação válida. O Tribunal de Justiça, por sua vez, afirmou que a quantidade e a natureza das drogas inviabiliza o redutor em fração maior. Contudo, tais circunstâncias não devem prejudicar o paciente, eis que os autos tratam de apreensão de 81 invólucros de *crack* e 5 porções de maconha, ou seja, quantidade/natureza que não se demonstra aviltante para o tipo, que já tem pena bastante elevada".

Ademais, aduz que sendo primário, de bons antecedentes e tendo sido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenado à pena de quatro anos de reclusão, faz jus à fixação do regime aberto para o inicial cumprimento de pena, bem como à substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos. Invoca os enunciados n.º 440/STJ, 718/STF e 719/STF.

Pretende, liminarmente e no mérito, a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da lei n.º 11.343/06, em seu grau máximo; a fixação do regime aberto para o início do cumprimento da reprimenda; e a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida às fls. 38/41.

Foram prestadas informações às fls. 50/51, 54/77 e 80/144.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Maria Eliane Menezes de Farias, pelo não conhecimento do *writ*, mas pela concessão da ordem, de ofício, a fim de "fixar o regime inicial aberto e promover a substituição da pena" (fls. 145/147).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 351.144 - SP (2016/0064957-5)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE E NATUREZA DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. REGIME FECHADO. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NÃO CONHECIMENTO.

1. Não há falar em exasperação do *quantum* da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, haja vista que a Corte de origem destacou que o paciente sequer faria jus à incidência da benesse em testilha, por dedicar-se às atividades criminosas, o que impede a aplicação da referida minorante, a qual, todavia, foi mantida em homenagem ao princípio do *non reformatio in pejus*. Salientou, ainda, o Tribunal *a quo*, que o estabelecimento do redutor na fração de 1/5 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, diante da quantidade e natureza das substâncias entorpecentes apreendidas - 81 invólucros de *crack* e 5 invólucros de maconha - a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. Motivada de maneira concreta a manutenção do *quantum* de aplicação do benefício, não há ilegalidade a ser reconhecida nesta via.

2. 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 e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

3. Devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial fechado e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos pela Corte de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, considerando-se que a quantidade e a natureza das drogas, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

4. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Destaco, *ab initio*, que se trata de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, o que impede o seu conhecimento. Cabe avaliar, de qualquer sorte, a existência de ilegalidade patente, a ensejar a concessão de ordem de ofício.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Mister sublinhar que o art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

Na espécie, entende o impetrante que deve ser majorada a fração de incidência da causa especial de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

Entretanto, razão não lhe assiste, haja vista que a Corte de origem destacou que o paciente sequer faria jus à incidência da benesse em testilha, por dedicar-se às atividades criminosas o que impede a aplicação da referida minorante, a qual, todavia, foi mantida em homenagem ao princípio do *non reformatio in pejus*.

Salientou, ainda, o Tribunal *a quo*, que o estabelecimento do redutor na fração de 1/5 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, diante da quantidade e natureza das substâncias entorpecentes apreendidas - 81 invólucros de *crack* e 5 invólucros de maconha - a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006.

Motivada de maneira concreta a manutenção do *quantum* de aplicação do benefício, não há ilegalidade a ser reconhecida nesta via Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO FIXADA EM 1/6. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA QUE JUSTIFICAM A FRAÇÃO UTILIZADA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- Deve ser mantida a fração redutora de 1/6, pelo reconhecimento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando o acórdão, dentro da discricionariedade permitida por lei, fundamenta, concretamente, na quantidade e natureza da droga apreendida.

- Tendo em vista o não redimensionamento da pena e mantido o patamar acima de 4 anos, o paciente não faz jus ao regime aberto, conforme disposições do art. 33, § 2º, do Código Penal.

- Não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista que o quantum da pena aplicada supera o limite previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 336.468/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 19/04/2016)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. MITIGAÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP e, com preponderância, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

2. Inexiste ilegalidade na manutenção do redutor no patamar de 1/3 (um terço), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dado o expressivo volume dos entorpecentes apreendidos e sua variedade.

(...)

3. Habeas corpus não conhecido.

(HC 317.172/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/04/2016, DJe 12/04/2016)

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. MAUS ANTECEDENTES. PERÍODO DEPURADOR. FRAÇÃO DA MINORANTE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Consoante entendimento deste Superior Tribunal, decorrido o prazo de cinco anos entre a data do cumprimento ou a extinção da pena e a infração posterior, a condenação anterior, embora não possa prevalecer para fins de reincidência, pode ser sopesada a título de maus antecedentes. Precedentes.

2. Sem embargo, não há como afastar a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas pela simples existência de duas condenações transitadas em julgado com extinção da punibilidade há tanto tempo, máxime porque, além de o recorrido ser tecnicamente primário ao praticar o crime em comento, não há notícias de que se dedique a atividades delituosas ou de que integre organização criminosa.

3. Se o transcurso do tempo impede que condenações anteriores configurem reincidência, esse mesmo fundamento - o lapso temporal - deve ser sopesado na análise das condenações geradoras, em tese, de maus antecedentes.

4. Embora o Supremo Tribunal Federal ainda não tenha decidido o mérito do RE n. 593.818 RG/SC - que, em repercussão geral já reconhecida (DJe 3/4/2009), decidirá se existe ou não um prazo limite para se sopesar uma condenação anterior como maus antecedentes -, no caso, firme na ideia que subjaz à temporalidade dos antecedentes criminais, devem ser relativizados os dois registros penais tão antigos do acusado, de modo a não lhes imprimir excessivo relevo a ponto de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impedir a incidência da minorante descrita no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

5. A escolha do percentual de diminuição de pena previsto no art.

33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 decorre da discricionariedade vinculada do julgador, de modo que a alteração do quantum de redução nesta instância superior depende da demonstração de ilegalidade ou de teratologia, inexistente no caso.

6. Recurso especial não provido.

(REsp 1160440/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 31/03/2016)

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Tribunal Superior 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 espécie, eis o que consignou o aresto guerreado acerca dos temas:

Inviável a substituição da pena. O tráfico de entorpecentes é crime que gera diversos outros, sendo o verdadeiro mal do século. Ademais, o redutor foi concedido na fração de 1/5, devido à quantidade e natureza da droga, posto que presente maior reprovabilidade. Nos termos do artigo 42 da Lei 11.343/06, deve ser considerada a natureza e quantidade da droga com preponderância ao previsto no artigo 59 do Código Penal. Em face do bem jurídico protegido, aliado ao mencionado dispositivo legal, quanto maior a capacidade de viciar da droga, em abstrato, maior a reprovabilidade. No caso, a considerável quantidade de cocaína indica maior reprovabilidade, posto que tal entorpecente possui grande capacidade de viciar, como é notório e visto em toda a mídia. Importante salientar que, quando percebendo a relevante quantidade de drogas, ainda que o réu seja primário e de bons antecedentes, sem ligações com o crime, pode-se reservar tal circunstância para determinação da fração de diminuição da pena.

Neste sentido, tem decidido o E. Superior Tribunal de Justiça:

(...)

Portanto, conforme demonstrado, é perfeitamente cabível a utilização da quantidade e da natureza da droga para embasar o *quantum* de redução aplicado. Assim, **o réu, com sua conduta, demonstrou alta reprovabilidade e periculosidade, motivos pelos quais não faz jus à substituição da pena corporal por restritiva de direitos, nos termos do**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

artigo 44, III, do Código Penal.

O regime para o cumprimento da pena é o fechado. Observo que foi apreendida grande quantidade de entorpecentes (cerca de 294 porções individuais de crack e 16 porções individuais de maconha). Sendo o crime de perigo contra a saúde pública, fica claro que tal quantidade poderia facilmente alcançar um elevado número de pessoas, o que denota maior reprovabilidade em sua conduta, visto o maior ataque ao bem jurídico. **No caso, a natureza de uma das drogas (crack) também indica maior reprovabilidade**, posto que tal entorpecente possui grande capacidade de viciar, como é notório e visto em toda a mídia. Assim em face do bem jurídico protegido, aliado ao artigo 42 da Lei nº 11.343/06, quanto maior a capacidade de viciar da droga, em abstrato, maior a reprovabilidade. Portanto, demonstrou periculosidade e culpabilidade acima da média, de forma que o regime fechado deveria ser o único que se mostraria suficiente para atingir a função preventiva específica da pena, que é inibir a prática de novas ações delituosas, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal (fls. 32/33) (grifou-se).

Verifica-se que foi fixado o regime inicial fechado e negada a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos em razão das circunstâncias do caso concreto.

Com efeito, destacou a Corte de origem a quantidade e a natureza das drogas encontradas em poder do paciente a demonstrar a maior reprovabilidade da conduta perpetrada.

Dessarte, devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial fechado, bem como a negativa de substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos, com base em dados concretos constantes dos autos, não há ilegalidade a ser sanada. Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO. DESCABIMENTO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO E VEDAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. CONSIDERAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Justificado o quantum de redução pela causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em razão da natureza e da diversidade das drogas apreendidas, descabe falar em flagrante constrangimento ilegal a ser sanado, ainda mais quando a fração de redução aplicada "fica indene ao crivo do habeas corpus, pois é matéria que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

demanda revolvimento fático-probatório" (HC 321.624/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2015, DJe 03/08/2015).

3. Caso em que a incidência daquela minorante no patamar de 1/3 decorreu da natureza da droga apreendida (20g de crack), inexistindo ilegalidade patente a ser reparada na via estreita do mandamus.

4. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art.

2.º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n.

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.

5. A quantidade e a natureza da droga apreendida podem, ao lado dos demais elementos constantes do processo, interferir na fixação do regime prisional, bem como na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Precedentes.

6. In casu, a Corte estadual justificou o regime mais gravoso para o início de expiação da reprimenda e vedou a substituição pretendida em razão da natureza e da quantidade da substância apreendida (20 gramas de crack) - o que evidencia a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente, ex vi do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 -, bem como do fato de a traficância ter sido desenvolvida em "boca de fumo" localizada na residência do réu, de modo que a medida seria insuficiente para a necessária resposta penal ao delito praticado.

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 322.782/MS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 03/09/2015, DJe 21/09/2015)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. TEMA NÃO ENFRENTADO NA ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. NATUREZA, QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS DROGAS. REGIME DIVERSO DO FECHADO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. NATUREZA, QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. 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. O tema referente ao pleito de aplicação da atenuante da confissão espontânea não foi apreciado pelo Tribunal a quo, o que impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

3. O estabelecimento do redutor na fração de 1/3 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, dada a natureza, a quantidade e a diversidade das drogas apreendidas - 126,8 g de cocaína e 15,8 g de maconha - a atrair



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006.

O quantum de redução aplicado fica indene ao crivo do habeas corpus, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório.

Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

4. 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 bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

5. É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/06, no sentido de 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".

6. Devidamente fundamentada imposição do regime inicial fechado, bem como a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão da natureza, da quantidade e da variedade das drogas apreendidas - 126,8 g de cocaína e 15,8 g de maconha - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 294.565/MS, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 21/10/2014, DJe 04/11/2014)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM ORIENTAÇÃO ADOTADA PELO PRETÓRIO EXCELSO. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/1990 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ART. 33 DO CP E 42 DA LEI N. 11.343/2006. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. REGIME FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Precedentes: HC 109.956/PR, Rel.

Min. Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012, e HC 104.045/RJ, Rel. Min.

Rosa Weber, DJe de 6.9.2012, dentre outros.

- O Superior Tribunal de Justiça, na esteira desse entendimento, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa toada, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício. A propósito: HC 221.200/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 19.9.2012.

- A obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crime hediondos e os a ele equiparados foi declarada inconstitucional pelo c. Pretório Excelso, em 27.6.2012, por ocasião do julgamento do HC 111.840/ES. Assim, a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2º e 3º do Código Penal, bem como do art. 42 da Lei 11.343/2006, quando se tratar de delitos previstos nessa Lei.

- No caso, apesar de a pena ter sido fixada em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, a gravidade concreta do delito, evidenciada pelas circunstâncias em que ocorreu (posse de variada e expressiva quantidade de entorpecentes 19 cápsulas de cocaína e 36 papélotes de maconha), justifica a imposição do regime inicial fechado, bem como inviabiliza a substituição da pena por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, III, do CP.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 240.443/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 19/03/2013, DJe 22/03/2013)

Assim, tem-se que a irresignação não merecer prosperar.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 351.144 - SP (2016/0064957-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Sr. Presidente,
data venia, fico vencido.

Não conheço do *habeas corpus*, mas **concedo** a ordem **de ofício**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0064957-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 351.144 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0009555032014 00095550320148260050 20150000889005 9555032014
95550320148260050

EM MESA

JULGADO: 03/05/2016

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: DENISE NAKANO VERONEZI
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: PAULO REGILVAN ARAUJO DIAS (PRESO)

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia 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 habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora, vencidos os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Nefi Cordeiro, que concediam a ordem de ofício.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora quanto ao não conhecimento do habeas corpus.