



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 251.300 - SP (2012/0168752-0)

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
IMPETRANTE : DANIELLE CRISTINA UEMURA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO CASTRO DE SOUZA

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO **WRIT**. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PLEITO DE APLICAÇÃO DA REDUÇÃO DE PENA NO PATAMAR MÁXIMO (2/3). AFASTAMENTO, PELO ACÓRDÃO IMPUGNADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. IMPOSIÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, PELO ACÓRDÃO IMPUGNADO, COM FUNDAMENTO NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. MANIFESTA ILEGALIDADE CONSTATADA. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

I. Dispõe o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal que será concedido **habeas corpus** "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder", não cabendo a sua utilização como substituto de recurso ordinário, tampouco de recurso especial, nem como sucedâneo da revisão criminal.

II. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar, recentemente, os HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012), considerou inadequado o **writ**, para substituir recurso ordinário constitucional, em **Habeas corpus** julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípua objetivo e desordenar a lógica recursal.

III. O Superior Tribunal de Justiça também tem reforçado a necessidade de se cumprir as regras do sistema recursal vigente, sob pena de torná-lo inócuo e desnecessário (art. 105, II, **a**, e III, da CF/88), considerando o âmbito restrito do **habeas corpus**, previsto constitucionalmente, no que diz respeito ao STJ, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, nas hipóteses do art. 105, I, **c**, e II, **a**, da Carta Magna.

IV. Nada impede, contudo, que, na hipótese de **habeas corpus** substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal – que não merece conhecimento –, seja concedido **habeas corpus**, de ofício, em caso de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou decisão teratológica.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

V. **In casu**, há manifesto constrangimento ilegal, passível de concessão, de ofício, da ordem de **habeas corpus**.

VI. O acórdão impugnado afastou o redutor – previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 e aplicado, pela sentença, no patamar máximo –, apenas ao fundamento de que o paciente possuiria personalidade afeita à prática de delitos, decorrente do fato de responder a outro processo, por tráfico de drogas – na verdade, por crime de porte, para consumo próprio –, com condenação não transitada em julgado, ilação que ofende o princípio da presunção de inocência e a Súmula 444/STJ, não podendo subsistir.

VII. Aplicável o redutor, previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, uma vez que o paciente preenche os requisitos contidos no referido dispositivo legal, já que é primário – ostentando apenas uma condenação criminal anterior, ainda não transitada em julgado, pela prática de crime de porte de droga, para consumo próprio –, não se dedica a atividades criminosas, nem integra organização criminosa, tal como constatado pelo Juízo de 1º Grau, que aplicou a referida causa de diminuição da pena, no grau máximo, devendo ser restabelecida, no ponto, a sentença condenatória, que fixou a pena definitiva do paciente em 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa.

VIII. A Corte de origem, a despeito de ter mantido a pena-base no mínimo legal, manteve o regime inicial fechado, com base na gravidade abstrata do delito e na suposta periculosidade do paciente, que possuiria personalidade afeita à prática de delitos, por estar respondendo a outro processo, que seria por tráfico de drogas – quando a sentença esclarece que se trata de crime de porte de droga, para consumo próprio –, sem condenação transitada em julgado. Pelas mesmas razões, foi afastada a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, que, no caso, ainda superaria 4 (quatro) anos de reclusão. Entretanto, tratando-se de condenação sem trânsito em julgado, por crime de porte de droga, para consumo próprio, dela não se pode concluir que o paciente seria perigoso e afeito à prática de delitos, em face do princípio da presunção de inocência e do disposto na Súmula 444/STJ.

IX. Ademais, tais fundamentos não foram utilizados para agravar a pena-base acima do mínimo legal, não servindo, portanto, para estabelecer regime inicial de pena mais gravoso que o permitido, segundo a sanção aplicada, a teor do disposto na Súmula 440 do STJ, no sentido de 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", de modo que o paciente faz jus ao regime inicial aberto, bem como à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

X. No caso, o paciente é primário, foi preso com 1,7 g de cocaína, a pena-base foi fixada no mínimo legal, sendo-lhe todas as condições judiciais favoráveis, com pena definitiva fixada em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa.

XI. **Habeas corpus** não conhecido.

XII. Ordem concedida, de ofício, para fixar a sanção penal em 1 ano e 8 meses de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, além do pagamento de 166 dias-multa, deferindo-se, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, a serem determinadas pelo Juízo da Execução, uma vez que já operado o trânsito em julgado.

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, por unanimidade, não conhecer do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 15 de outubro de 2013 (data do julgamento).

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 251.300 - SP (2012/0168752-0)

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de Recurso Especial, impetrado em favor de DIEGO CASTRO DE SOUZA, apontando, como autoridade coatora, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal 9000030-77.2010.8.26.0050).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em 1º Grau, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 166 dias-multa, como incurso no art. 33, **caput** e § 4º, da Lei 11.343/2006, negada a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, em face da vedação legal.

Em sede de apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo e deu parcial provimento ao apelo ministerial, para afastar a causa de diminuição de pena, prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, condenando o paciente à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, negando, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Sustenta a impetrante, de início, que o paciente é primário e que a existência de processo em curso não pode servir para impedir a aplicação do redutor, previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, nos termos da Súmula 444/STJ, sobretudo porque as circunstâncias judiciais são amplamente favoráveis ao réu, sendo-lhe aplicada a pena-base no mínimo legal. Salienta, inclusive, que o paciente foi encontrado em poder de pequena quantidade de droga, ou seja, 1,7g do entorpecente conhecido como cocaína.

Pugna, assim, pela aplicação da causa de diminuição da pena, em seu grau máximo, requerendo, ainda, a fixação do regime inicial aberto ou semiaberto, com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Não houve pedido de liminar (fl. 35e)

Informações prestadas, a fls. 39/55e e 58/89e, respectivamente, pelo pelo Tribunal de origem e pelo Juízo de 1º Grau.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão parcial da ordem (fls. 92/94e).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 251.300 - SP (2012/0168752-0)

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): Consoante relatado, verifica-se que o presente pedido de **habeas corpus** foi impetrado em substituição a Recurso Especial, constitucionalmente previsto para impugnar acórdão proferido por Tribunal de 2º Grau, nos termos do art. 105, III, da Constituição Federal.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, após o julgamento, pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, dos HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012) – quando se considerou incabível o **habeas corpus**, para substituir recurso ordinário constitucional, contra denegação da ordem, pelo STJ –, firmou entendimento pela inadequação do **writ**, para substituir recursos especial e ordinário ou revisão criminal, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípua objetivo e desordenar a lógica recursal.

Confirmam-se, nesse sentido, os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/08/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/08/2012.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, também tem negado seguimento a **habeas corpus**, substitutivos de recurso ordinário, com fulcro no art. 38 da Lei 8.038/90, quando inexistente flagrante ilegalidade, apta a ensejar a concessão da ordem, de ofício (HC 114.550/AC, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJe de 24/08/2012; HC 114.924/RJ, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, DJe de 28/08/2012).

Em caso de **habeas corpus** substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal – que não merece conhecimento –, cumpre analisar, contudo, em cada caso, se existe manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, que implique ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, a ensejar a concessão da ordem, de ofício.

Na espécie, não obstante o presente **Habeas corpus** seja substitutivo de Recurso Especial, verifico flagrante ilegalidade, a ensejar o deferimento da ordem, ainda que examinando a matéria, de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Consta da sentença condenatória:

"Passo, assim, a dosar a pena, com fulcro nos arts. 59 e 68 do Código Penal.

O acusado deve ser considerado primário, diante das certidões que constam dos autos; ostentando tão somente uma condenação criminal anterior não definitiva pela prática de crime de porte de drogas para o consumo próprio. Apreciando, assim, os parâmetros legais ditados pelo art. 59 do Código Penal, não vislumbrando causa legal para exasperação, fixo a pena base no mínimo legal, em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Já fixada no mínimo, deixo de reduzir a pena pela menoridade relativa do réu, consoante entendimento jurisprudencial sumulado pelo STJ.

Considerando ainda a especial causa de diminuição da pena prevista no parágrafo 4º do art. 33, tratando-se de acusado primário e com relação a quem não foi demonstrado dedicar-se a atividade criminosa organizada, impõe-se, à ausência de demais parâmetros, a redução máxima legal, totalizando assim a pena de 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa.

Vedada a substituição por pena restritiva de direitos, o regime inicial que se impõe é o fechado, em se tratando de crime equiparado a hediondo.

Ausentes nos autos elementos quanto à condição econômica do réu, fixo o dia-multa no mínimo legal, em um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos.

Ante o exposto, julgo PARCIALMENTE PROCEDENTE a presente ação penal para **CONDENAR DIEGO CASTRO DE SOUZA, qualificado nos autos, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado e 166 dias-multa, como incurso no art. 33 "caput" da Lei 11. 343/06" (fl. 19e).**

Depreende-se, do excerto, que a determinação do regime inicial fechado e a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, foram fundamentadas, pela sentença, exclusivamente no caráter hediondo do delito de tráfico de entorpecentes e na vedação legal à substituição da pena, prevista nos arts. 33, § 4º, e 44 da Lei 11.343/2006.

No entanto, foi aplicado o redutor, previsto no art. 33, § 4º, da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006, em seu grau máximo, tendo em vista o preenchimento, pelo paciente, dos requisitos legais.

A Corte de origem, ao dar provimento ao recurso do Ministério Público, assim se manifestou:

"No que concerne a sanção penal, correta a insurgência do Ministério Público contra a aplicação da causa legal de diminuição da pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, pois o réu realmente não fazia jus.

Com efeito, nos termos do artigo 42 da Lei nº 11.343/2006 '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.'

No caso, o réu possui personalidade afeita à prática de delitos, pois responde a processo da mesma natureza, uma vez que conforme se verifica da certidão de fl. 9 do segundo apenso, o sentenciado está sendo processado por tráfico de drogas, estando o feito em sede de recurso.

Destarte, a pena-base deve ser fixada no mínimo legal, ou seja, 5 anos de reclusão, regime inicial fechado e 500 dias-multa, no piso, não devendo ser aplicado o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, já que o agente não preenche os requisitos.

(...)

Com a edição da Resolução nº 5 de 15 de fevereiro de 2012, foi suspensa a expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, declarada inconstitucional por decisão do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS, embora sem caráter vinculante.

Observa-se que a partir de então não existe vedação ex lege de aplicação de reprimenda restritiva em crime de tráfico ilícito de entorpecentes, incumbindo ao magistrado a análise, no caso concreto, dos requisitos para concessão do benefício.

É sabido que a traficância é mola propulsora da criminalidade que assola o país, uma vez que o usuário, na ânsia de sustentar seu vício, pratica toda sorte de delitos, abalando consequentemente, toda a sociedade.

Além disso, o réu portava entorpecente de grande potencialidade lesiva à saúde pública.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, atentando-se à gravidade do crime e da periculosidade do agente, que possui personalidade afeita à prática de delitos dessa natureza, tanto que responde a outro processo por tráfico de drogas (fl. 9 do segundo apenso), percebe-se que fixação do regime aberto, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, mostra-se insuficiente para sua reeducação, bem como repressão do delito, sendo recomendável a aplicação do regime prisional inicialmente fechado para o desconto corporal, nos moldes constantes da decisão combatida.

Além disso, a reprimenda carregada ao sentenciado excede o limite de 4 anos estabelecido no artigo 44, inciso I, do Código Penal para concessão de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Nessas circunstâncias, **nega-se provimento ao recurso do réu e dá-se parcial provimento ao recurso do Ministério Público, para tornar definitiva a pena aplicada a DIEGO CASTRO DE SOUZA em 5 anos de reclusão, regime inicial fechado e 500 dias-multa, no piso, por infração ao artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006" (fls. 26/29e).**

Observa-se que a Corte de origem, a despeito de ter mantido a pena-base no mínimo legal, manteve o regime inicial fechado, com base na gravidade abstrata do delito e na suposta periculosidade do paciente, que possuiria personalidade afeita à prática de crimes, por estar respondendo a outro processo, por tráfico de drogas (fl. 29e).

De início, faz jus o paciente ao redutor, previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, uma vez que preenche ele os requisitos contidos no referido dispositivo legal, já que é primário, tem bons antecedentes, não se dedica a atividades criminosas, nem integra organização criminosa, tal como constatado pelo Juízo de 1º Grau, que aplicou a referida causa de diminuição da pena, no grau máximo (fl. 19e).

Com efeito, o acórdão impugnado afastou o redutor, apenas ao fundamento de que o paciente possuiria personalidade afeita à prática de delitos, decorrente do fato de responder a outro processo, por tráfico de drogas – na verdade, por crime de porte, para consumo próprio (fl. 19e) –, com condenação não transitada em julgado (fl. 27e), ilação que ofende o princípio da presunção de inocência e a Súmula 444/STJ, não podendo subsistir.

Entendendo que o paciente não preencheria os requisitos legais para a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, apenas por tal motivo, o acórdão, porém, manteve a pena-base no mínimo legal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, no ponto, deve ser restabelecida a sentença condenatória, que aplicou o redutor e estabeleceu a pena definitiva do paciente em 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 97.256/RS, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei 11.343/2006, na parte relativa à proibição da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A partir de então, o STJ passou a adotar o mesmo posicionamento: AgRg no HC 121.111/SP, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (Desembargador Convocado do TJ/SP), SEXTA TURMA, DJe de 17/12/2010, e EDcl no HC 122.269/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe de 22/11/2010.

Vale ressaltar que, desde 15/02/2012, com a edição da Resolução 05/2012, do Senado Federal, foi suspensa a execução da vedação legal.

A questão concernente ao regime inicial para o cumprimento da pena reclusiva, em crime de tráfico de entorpecentes, também foi objeto de julgamento, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC 11.1840/ES, em 27/06/2012, ocasião em que foi declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, na redação da Lei 11.464/2007, sendo afastada, assim, a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado, aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, nos termos do Informativo 672, do STF.

Esse entendimento passou a ser adotado pelas Turmas que compõem a Terceira Seção do STJ: HC 217.931/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/08/2012 e HC 245.849/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe de 24/09/2012.

Nesse contexto, afastada a obrigatoriedade de fixação de regime inicial fechado, em face da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, na redação da Lei 11.464/2007, deve o julgador, quando da aplicação das penas, observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c art. 59 do Código Penal, ao fixar o regime inicial de cumprimento da pena reclusiva.

Constata-se, da leitura do acórdão, que o regime inicial fechado foi estabelecido com base na gravidade abstrata do delito e na suposta periculosidade do paciente, que possuiria personalidade afeita à prática de delitos, por estar respondendo a outro processo, que seria por tráfico de droga – quando a sentença esclarece que se trata de crime de porte de droga, para consumo próprio (fl. 19e) –, sem condenação transitada em julgado (fl. 27e). Pelas mesmas razões, foi afastada a possibilidade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, que, no caso, ainda superaria 4 (quatro) anos de reclusão (fl. 29e).

Entretanto, tratando-se de condenação sem trânsito em julgado, por crime de porte de droga, para consumo próprio, dela não se pode concluir que o paciente seria perigoso e afeito à prática de delitos, em face do princípio da presunção de inocência e do disposto na Súmula 444/STJ.

Ademais, tais fundamentos não foram utilizados para agravar a pena-base acima do mínimo legal, não servindo, portanto, para estabelecer regime inicial de pena mais gravoso que o permitido, segundo a sanção aplicada, nem para afastar a possibilidade de substituição da sanção corporal por restritiva de direitos.

Ressalta-se, ademais, que o paciente é réu primário, ostentando apenas uma condenação criminal anterior, ainda não transitada em julgado, pela prática de crime de porte de droga, para consumo próprio, conforme consta da sentença (fl. 19e).

Desse modo, quanto ao regime prisional, a teor do disposto na Súmula 440 do STJ, no sentido de 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", faz jus o paciente ao regime inicial aberto, bem como à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Aplicam-se, ainda, **in casu**, as Súmulas 718 e 719, ambas do STF:

"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".

Nesse sentido, confirmam-se, ainda, os seguintes julgados:

"PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO. INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO DESCARACTERIZA A HEDIONDEZ DO CRIME. REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DE PENA. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS. ORDEM CONCEDIDA.

1. A incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 não descaracteriza o caráter



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

hediondo do crime de tráfico. Precedentes.

2. A Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o quantum de pena aplicado ao delito cometido sob a égide da Lei n.º 11.343/06, 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. Decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal que declarou inconstitucional o dispositivo da Lei n.º 11.343/2006 que veda a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos (HC n.º 97.256, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto).

3. Mister considerar os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, 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".

4. A condenação por tráfico de 4,77 g de crack e 0,66 g de cocaína, estabelecida a pena-base no mínimo legal, porquanto favoráveis as circunstâncias judiciais, diante da reprimenda final de um ano e oito meses de reclusão, enseja o regime inicial seja o aberto, substituindo-se a privativa de liberdade por restritivas de direitos.

4. Ordem concedida, acolhido o parecer, para fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena reclusiva (artigo 33, § 2º, alínea "c" e § 3º do Código Penal) e determinar a substituição da privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a saber, prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, já que presentes os requisitos para tanto (artigo 44 e incisos do Código Penal), devendo o Juízo das Execuções Criminais, nos termos do artigo 147 e seguintes da Lei n.º 7.210/84, promover-lhes a aplicação" (STJ, HC 176.664/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 08/09/2011).

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 6.368/76. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI 11.343/2006. FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. CRIME PRATICADO ANTERIORMENTE À LEI Nº 11.464/2007. APLICAÇÃO DO ART. 33 DO CÓDIGO PENAL. PRETENSÃO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DA VEDAÇÃO À CONVERSÃO DA PENA, POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO HC N.º 97.256/RS. PRECEDENTES.

1. Verificado que o crime de tráfico ilícito de entorpecentes foi cometido sob a égide da Lei n.º 6.368/76, a previsão constante da Lei n.º 11.464/2007 - que estabelece o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime inicial fechado, independentemente do quantum de pena aplicado -, por ser, no particular, mais gravosa, não pode retroagir em prejuízo do réu, devendo incidir os critérios estabelecidos pelo art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

2. **Fixada a pena-base no mínimo legal, porque reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu primário e de bons antecedentes, não é possível infligir-lhe regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Incidência do enunciado n.º 440 da Súmula desta Corte.**

3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006.

4. No caso em apreço, mostra-se adequada a substituição da pena, já que o Paciente é reconhecidamente primário, possui bons antecedentes e teve valoradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais, tanto que sua pena-base restou fixada no patamar mínimo.

5. Ordem concedida para, reformando o acórdão impugnado, fixar o regime aberto para o cumprimento da reprimenda e substituir a pena privativa de liberdade por duas sanções restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Penais, à luz do art. 44 do Código Penal, diante das peculiaridades do caso. Prejudicada a análise do pedido de reconsideração da liminar" (STJ, HC 167.651/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe de 09/03/2011).

Ante o exposto, **não conheço** do presente **Habeas corpus**, substitutivo de Recurso Especial. Porém, **concedo** a ordem, de ofício, para fixar a sanção penal em 1 ano e 8 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, além do pagamento de 166 dias-multa, deferindo-se, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, a serem determinadas pelo Juízo da Execução, uma vez que já operado o trânsito em julgado.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0168752-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 251.300 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 14192010 50100677256 50100677258 90000307720108260050

EM MESA

JULGADO: 15/10/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOÃO FRANCISCO SOBRINHO**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DANIELLE CRISTINA UEMURA - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : DIEGO CASTRO DE SOUZA

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 Rogerio Schietti Cruz, Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora.