



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 281.077 - SP (2013/0363437-0)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RODRIGO TEIXEIRA MIGUEL (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. DIREITO PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL: OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO AFASTADA. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, §§ 2.º E § 3.º DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÃO RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE, EM TESE. RESOLUÇÃO N.º 05/2012, DO SENADO FEDERAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

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

4. O Paciente faz jus à substituição da pena, tendo em vista que é primário, possui bons antecedentes, a sua pena-base foi fixada no mínimo legal, não havendo qualquer circunstância judicial desfavorável, e a quantidade da pena aplicada é inferior a 04 (quatro) anos.

5. Diante da declaração de inconstitucionalidade do art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07, pelo Supremo Tribunal Federal, não é mais possível fixar o regime prisional fechado com base no mencionado dispositivo. Considerando o *quantum* de pena estabelecido, a primariedade do Acusado e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, mostra-se cabível a fixação do regime aberto, a teor do disposto no artigo 33, § 2.º, alínea c, e § 3.º do Código Penal. Precedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Habeas corpus não conhecido. Concedida a ordem, de ofício, para fixar o regime prisional aberto e substituir a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, a ser especificada pelo Juízo das Execuções.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 11 de março de 2014 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 281.077 - SP (2013/0363437-0)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RODRIGO TEIXEIRA MIGUEL (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de RODRIGO TEIXEIRA MIGUEL, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

"Processo Penal. Prova. Testemunhos de policiais. Os relatos de policiais têm eficácia do réu, quando seguros, insuspeitos e estiverem em harmonia com o restante da prova. Tráfico ilícito de drogas. Aplicação de penas alternativas a traficante. Impossibilidade. Inteligência do art. 44, da Lei de Tóxicos." (Fl. 23)

Consta dos autos que o Paciente foi denunciado como incurso no art. 33, *caput*, c/c art. 40, VI, da Lei n.º 11.343/2006, porque, em 31/10/2012, foi preso em flagrante, *"agindo em concurso ocasional com o adolescente [...], com 16 anos de idade, guardava e vendia, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para entrega a consumo de terceiros pessoas, 12 supositórios de plástico contendo cocaína, com peso líquido total de 10,01g, 20 supositórios de plástico contendo crack, com peso líquido total de 6,60g e 24 papелotes contendo maconha, com peso líquido total de 39,81g"* (Fl. 15)

O Juízo de primeiro grau proferiu sentença condenatória, impondo ao Paciente as penas de 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 183 (cento e oitenta e três) dias-multa.

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação, ao qual foi negado provimento.

Alega-se pois, no presente *writ*, ser imperativa a fixação do regime inicial aberto ao Paciente, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Requer-se, portanto, seja fixado o regime aberto, substituindo-se a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, com a imediata expedição de alvará de soltura em favor do Paciente.

O pedido de liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 46/47.

As judiciosas informações foram prestadas pelo Órgão Jurisdicional Impetrado às



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fls. 56/99.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 103/110, pela extinção do *writ* sem resolução de mérito ou, caso assim não se entenda, pela concessão da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 281.077 - SP (2013/0363437-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. DIREITO PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL: OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO AFASTADA. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, §§ 2.º E § 3.º DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÃO RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE, EM TESE. RESOLUÇÃO N.º 05/2012, DO SENADO FEDERAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

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

4. O Paciente faz jus à substituição da pena, tendo em vista que é primário, possui bons antecedentes, a sua pena-base foi fixada no mínimo legal, não havendo qualquer circunstância judicial desfavorável, e a quantidade da pena aplicada é inferior a 04 (quatro) anos.

5. Diante da declaração de inconstitucionalidade do art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07, pelo Supremo Tribunal Federal, não é mais possível fixar o regime prisional fechado com base no mencionado dispositivo. Considerando o *quantum* de pena estabelecido, a primariedade do Acusado e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, mostra-se cabível a fixação do regime aberto, a teor do disposto no artigo 33, § 2.º, alínea c, e § 3.º do Código Penal. Precedentes.

6. Habeas corpus não conhecido. Concedida a ordem, de ofício, para fixar o regime prisional aberto e substituir a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, a ser especificada pelo Juízo das Execuções.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

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

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

Contudo, a Suprema Corte não admite a extensão desse entendimento, por este Tribunal, aos casos de **writ substitutivo de recurso especial** (HC 115.715, Rel. Min. ROSA WEBER, Rel. p/ acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 12/09/2013; RHC 117.845, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 07/10/2013; HC 113.690, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 08/10/2012), diante do que prevê a alínea c, inciso I, do art. 105, do Texto Constitucional.

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

Vale reproduzir, inclusive, no ponto, fundamentação exarada pelo Eminentíssimo Ministro CELSO DE MELLO, ao proferir voto vogal no julgamento do HC 110.118/MS pela Segunda Turma do Pretório Excelso, *in verbis*:

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

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

O E. Superior Tribunal de Justiça, no acórdão objeto desta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impetração, **não conheceu** da ação de “habeas corpus” lá ajuizada, **por haver entendido** tratar-se de “utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais”.

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

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

[...].

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

[..].

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

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

O julgamento do referido feito restou assim ementado:

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

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Infere-se dos autos que o Paciente foi denunciado como incurso no art. 33, *caput*, c/c art. 40, VI, da Lei n.º 11.343/2006, e posteriormente condenado às penas de 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 183 (cento e oitenta e três) dias-multa.

O Juízo de primeiro grau proferiu a sentença condenatória, sob a seguinte fundamentação, *in verbis*:

"Incurso o réu no art. 33, 'caput' c.c artigo 40, VI, ambos da Lei 11.343/06, passo a dosimetria da pena, levando em consideração os preceitos do artigo 59 do Código Penal. O réu não possui antecedentes, razão pela qual fixo a pena base no mínimo legal, ou seja, 05 (cinco) anos de reclusão e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa no valor mínimo legal permitido. Face a causa de aumento de pena acresço à pena base o percentual de 1/6 (um sexto) perfazendo a pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias multa. Preenchidos os requisitos contidos no artigo 33, § 4º da Lei 11.343/06, reduzo a pena em 2/3 (dois terços), totalizando a reprimenda de 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 183 (cento e oitenta e três) dias-multa, pena essa que torno definitiva, inexistindo quaisquer outras circunstâncias agravantes ou atenuantes para reconhecer, ou causas de aumento ou diminuição de pena. ausência de maior conhecimento das condições econômicas do réu, o valor do dia multa será no mínimo legal permitido.

Em razão da natureza do delito, assemelhado ao hediondo pela Constituição Federal, não obstante o exposto na Resolução nº 05 de 2012 do Senado Federal, não há como substituir ou suspender a pena privativa de liberdade, sendo que o legislador apenas suspendeu a eficácia da vedação anteriormente existente, deixando dentro do critério discricionário do magistrado, em cada caso, analisar o cabimento ou não da substituição, não havendo que se falar em qualquer violação do princípio da individualização da pena. [...]

Tratando-se de crime assemelhado a hediondo, deverá o réu cumprir a pena privativa de liberdade imposta no regime fechado, consoante dispõe a Lei 11.464/07, não podendo recorrer desta decisão em liberdade. Preso em flagrante, foi mantido custodiado estando presentes assim os requisitos da custódia cautelar. Não seria agora, com o reconhecimento da culpabilidade e periculosidade que seria deferido o apelo em liberdade, máxime quando revigorados os pressupostos da prisão cautelar.

[...]" (Fl. 19)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Corte *a quo*, mantendo a ref. sentença, consignou:

"Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por pena alternativa.

Não só pela própria hediondez do crime, que recomenda maior rigor no escarmento, mas também porque a Lei nº 11.343/06 expressamente veda a benesse aos traficantes, nos precisos termos do que dispõe o seu artigo 44, caput. Tal dispositivo legal foi editado pelos poderes competentes, goza de presunção de constitucionalidade e não parece ofender a Constituição da República de modo franco e direto.

Não desconheço que foi reconhecida a inconstitucionalidade desse dispositivo pelo Excelso Pretório (HC 97.256) no ano de 2010, mas essa decisão foi tomada por maioria apertada (6 X 4) e valeu somente para o processo julgado (incidenter tantum).

Nesse sentido, magistério de Guilherme de Souza Nucci:

[...]

A recente edição da Resolução nº5, de 2012, pelo Senado Federal, que suspendeu a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do §4º, do artigo 33, da Lei de Tóxicos, em nada altera, no meu entender, a solução aqui proposta, posto que o crime, como se sabe, equipara-se aos hediondos e a aplicação da pena vicariante não reprovava a contento a prática de tão grave crime. Ademais, por opção do legislador, o artigo 44, caput, referido resta íntegro, aplicando-se, por isso, in totum o argumento acima exposto.

Anoto, apenas para esclarecer minha convicção a respeito da hediondez do delito, que o chamado "tráfico privilegiado" (art. 33, §4º, da Lei de Tóxicos) continua equiparando-se aos crimes hediondos, na esteira de julgados como estes, os quais transcrevo a seguir:

[...]

Finalmente, mantenho o regime prisional imposto.

O crime de tráfico, como sabemos, se equipara aos hediondos, aplicando-se, daí, disposição legal expressa (Lei nº 11.464/07).

Nada há, assim, a reparar na r. decisão recorrida.

Destarte, pelo meu voto, proponho, rejeitada a preliminar, que se negue provimento ao recurso. " (Fls. 37/40)

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

Assim, afastado o óbice previsto na Lei de Drogas, deve o Juízo competente analisar se o condenado preenche ou não os requisitos para a obtenção da substituição da pena à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

luz do art. 44 do Código Penal.

A propósito, o seguinte precedente:

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

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

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

3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 1330133/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2013, DJe 15/02/2013.)

No caso em exame, o Paciente faz jus à substituição da pena, tendo em vista que é primário, possui bons antecedentes, a sua pena-base foi fixada no mínimo legal, não havendo qualquer circunstância judicial desfavorável, e a quantidade da pena aplicada é inferior a 04 (quatro) anos.

Quanto ao regime de cumprimento de pena, as instâncias ordinárias fundamentaram suas respectivas decisões na hediondez do delito de tráfico para manter o Paciente em regime fechado. Porém, diante da declaração de inconstitucionalidade do art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07, pelo Supremo Tribunal Federal, não é mais possível fixar o regime prisional fechado com base no mencionado dispositivo.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, NO PATAMAR DE 1/2 (UM MEIO). AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE, EM TESE. RESOLUÇÃO N.º 05/2012, DO SENADO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FEDERAL. REGIME PRISIONAL: OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO AFASTADA. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, §§ 2.º E 3.º DO CÓDIGO PENAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

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

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

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

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

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

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

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

No caso dos autos, considerando o *quantum* de pena estabelecido, a primariedade do Acusado e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, mostra-se cabível a fixação do regime aberto, a teor do disposto no artigo 33, § 2.º, alínea c, e § 3.º do Código Penal.

A propósito, confira-se o disposto no enunciado n.º 440 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, *litteris*:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito."

No mesmo sentido tem sido os reiterados julgados do Supremo Tribunal Federal, cuja jurisprudência está espelhada nos verbetes sumulares n.ºs 718 e 719, respectivamente, *in verbis*:

"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."

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus*, porém, CONCEDO a ordem de ofício, para, mantida a condenação do Paciente, fixar o regime prisional aberto e substituir a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, a ser especificada pelo Juízo das Execuções.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0363437-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 281.077 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01036794620128260050 1036794620128260050 20130000463143

EM MESA

JULGADO: 11/03/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: RODRIGO TEIXEIRA MIGUEL (PRESO)

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.