



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 381.391 - SP (2016/0320596-6)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : AMANDA RUIZ BABADOPULOS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROBSON FERREIRA DE AGUIAR

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIAL. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ENUNCIADO N. 440 DA SÚMULA DO STJ E N. 718 E 719 DO STF. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. PACIENTE PRIMÁRIO, DE BONS ANTECEDENTES E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS BENÉFICAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. CONCEDIDA A ORDEM DE OFÍCIO.

1. A jurisprudência das Cortes Superiores entende ser inadmissível a impetração de *habeas corpus* em substituição a recurso próprio, mas ressalta a possibilidade da concessão da ordem, de ofício, quando houver flagrante ilegalidade que restrinja a liberdade de locomoção do paciente.

2. No tocante ao regime inicial de cumprimento de pena, é firme neste Tribunal Superior a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. Nesse sentido, foram elaborados os enunciados n. 440 da Súmula desta Corte que prevê: *"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"*. No mesmo sentido, são os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam: *"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"*.

O exame dos autos revela que, após fixar a pena-base no mínimo legal, por considerar favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o regime fechado foi fixado sem fundamentação idônea, baseado apenas na pequena quantidade de droga apreendida (9,1 gramas de cocaína) e na hediondez do delito.

Dessarte, consoante orientação jurisprudencial desta Corte Superior, a mera referência genérica, pela instância ordinária, à lesividade da droga e à gravidade abstrata do delito de tráfico não constitui motivação suficiente, por si só, para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso.

Ademais, o óbice à fixação de regime diverso do fechado,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apontado pelo Tribunal *a quo* em relação aos crimes hediondos e equiparados, foi superado pelo Supremo Tribunal Federal, que declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007.

Nessa toada, reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade do réu, a quem foi imposta reprimenda definitiva inferior a 4 anos de reclusão, cabível a imposição do regime aberto para iniciar o cumprimento da sanção corporal, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

3. De outro lado, entendo também que a decisão do Tribunal de origem merece reparo quanto ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito. Observo que, conforme bem observado pelo juiz sentenciante, o paciente preenche os requisitos previstos no art. 44 do CP, na medida em que é primário, de bons antecedentes, e as circunstâncias judiciais o favorecem.

- *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer a decisão de primeiro grau.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de março de 2017(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 381.391 - SP (2016/0320596-6)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : AMANDA RUIZ BABADOPULOS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROBSON FERREIRA DE AGUIAR

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em benefício de ROBSON FERREIRA DE AGUIAR, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0107546-42.2015.8.26.0050).

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado por ter praticado o delito tipificado no art. 33, § 4º, c/c art. 40, inciso VI, ambos da Lei n. 11.343/06 (tráfico de entorpecentes), à pena de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão em regime inicialmente aberto, bem como ao pagamento de 193 dias-multa, tendo a reprimenda sido substituída por duas penas restritivas de direitos.

Irresignado, o Ministério Público interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual deu provimento ao recurso para afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e fixar o regime inicial fechado para o cumprimento da pena, tendo determinado a imediata expedição de mandado de prisão. O acórdão foi assim ementado:

TRÁFICO DE DROGAS - RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - PRETENDIDO O AFASTAMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS E DE FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO - NECESSIDADE - RECURSO PROVIDO (fl. 49).

No presente *writ*, a impetrante sustenta que a imediata expedição do mandado de prisão, no caso em espécie, fere o princípio da presunção de inocência. Alega ausência de motivação idônea para justificar o cumprimento antecipado da pena imposta e que tal providência se mostra em desacordo com a jurisprudência desta Corte.

Alega que o paciente cumpre todos os requisitos para a substituição da reprimenda corporal pela pena restritiva de direitos e que, ante à impossibilidade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

equiparação do tráfico privilegiado à crime hediondo, inexistente motivo para a fixação do regime inicial mais gravoso.

Requer, em liminar, a revogação da prisão e, no mérito, pelo restabelecimento da sentença.

O pedido liminar foi deferido às fls. 66/70 apenas para assegurar ao paciente que aguardasse em regime aberto o julgamento do presente *writ*. Informações às fls. 78/94. O Ministério Público Federal, às fls. 98/103, opinou pelo não conhecimento do *writ*, mas pela concessão da ordem, de ofício, para fixar o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 381.391 - SP (2016/0320596-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (Relator):

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

Pretende-se, no presente *writ*, consoante outrora relatado, o restabelecimento da decisão de primeiro grau, que fixou o regime inicial aberto, operando a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

Quanto aos pontos, o Juiz sentenciante assim decidiu:

[...]

Passo à dosimetria da pena. Na primeira fase, observando-se os elementos previstos no artigo 59 do CP e artigo 42 da Lei n. 11.343/06, fixa-se a pena base no mínimo legal para o crime previsto no artigo 33, caput da Lei n. 11.343/06, qual seja, 5 anos de reclusão e 500 dias multa. Na segunda fase, a pena fica mantida no mesmo patamar, sem agravantes ou atenuantes. Na terceira fase, reconhece-se a causa de diminuição de pena do artigo 33, § 4º da Lei n. 11.343/06, e reduz-se a pena em 2/3, perfazendo-se 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias multa. Em seguida, aumenta-se a pena com base no artigo 40, VI da mesma Lei, perfazendo-se 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e 193 dias- multa. Fixa-se cada dia multa no valor mínimo unitário legal, diante da falta de informações precisas sobre a situação econômica do réu. Nos termos do disposto no artigo 33, § 3º, “c” do Código Penal e artigo 387, § 2º do Código de Processo Penal, fixa-se o regime aberto de cumprimento de pena. Permite-se o recurso em liberdade, diante da pena e regime ora fixados. Diante do exposto, CONDENO o réu ROBSON FERREIRA DE AGUIAR às penas de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, no regime aberto, e 193 dias- multa, no valor mínimo unitário legal, como incurso no artigo 33, caput c.c. artigo 40, VI e § 4º da Lei n. 11.343/06. Expeça-se alvará de soltura. Presentes os requisitos do artigo 44 do Código Penal, substitui-se a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo prazo, descontado o período em que o réu permaneceu detido cautelarmente e 10 dias multa. A este respeito, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o dispositivo da Lei n.11.343/06 que proíbe expressamente a conversão da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos para condenados por tráfico de drogas, no HC 97256 (fls. 20/21).

O Tribunal de origem, por sua vez, ao retificar a sentença de primeiro grau, assim fundamentou:

O acusado foi denunciado (fls. 01/02) porque, no dia 16 de dezembro de 2015, por volta das 19h30min, na Rua Francisco Dantas, altura do nº 391, na cidade e comarca de São Paulo Capital, agindo em concurso com o adolescente J.A.B.B.N., trazia consigo e vendia, para fins de tráfico, 20 porções de cocaína, pesando 9,1g (nove gramas e um decigrama), substância entorpecente que causa dependência física e psíquica, o que fazia sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

A materialidade do delito encontra-se evidenciada diante dos seguintes elementos probatórios: auto de prisão em flagrante (fls. 03/08), boletim de ocorrência (fls. 21/23), auto de exibição e apreensão (fl. 24), laudo de constatação provisória (fls. 26/27), laudo de exame químico-toxicológico (fls. 99/101), bem como pela prova oral produzida em Juízo.

A autoria delitiva também restou evidenciada, em especial pelos depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante de Robson Ferreira de Aguiar (mídia anexada), tanto que a defesa sequer insurgiu-se contra o mérito da condenação.

A dosimetria também não foi objeto de questionamento, razão pela qual deixo de analisá-la.

Do Regime Prisional No que tange ao regime penitenciário, anoto que a identificação do meio mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Cód. Penal, bem como do art. 42 da Lei 11.343/2006, quando se tratar de delitos previstos na Lei de Drogas. Nesse sentido: STJ HC 272.152/SP rel. Min. Marilza Maynard 6ª Turma J. 10.12.2013.

No caso em tela, a fixação do regime mais gravoso para o início do desconto da pena privativa de liberdade se impõe pela quantidade e natureza do entorpecente apreendido (9,1g de cocaína, divididas em 20 porções), a atrair a incidência do art. 42 da Lei de Tóxicos. Há precedentes da E. Corte Superior:

HC 278676/MS 6ª T. rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura j. 24.10.2013; HC 222994/SP 6ª T. rel. Min. Marilza Maynard, Des. convocada do TJ/SE j. 24.10.2013; HC 278530/SP 5ª T. rel. Min. Marco Aurélio Bellizze j. 22.10.2013.

Outrossim, relevante observar o texto legal dos arts. 33, §3º e 59, ambos do Cód. Penal, sem olvidar a natureza da infração e os males que ela provoca no seio social, devendo o infrator experimentar repercussões objetivas acerca da censurabilidade de sua conduta.

Tais circunstâncias concretas são expressamente adotadas como razões de decidir pelo C. Superior Tribunal de Justiça para dar maior rigor ao tratamento penal dos crimes tipificados na Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2.006, conforme se extrai dos termos do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Informativo Jurisprudencial nº 541, de 11 de junho de 2.014:

“O porte ilegal de drogas é crime de perigo abstrato ou presumido, visto que prescinde da comprovação da existência de situação que tenha colocado em risco o bem jurídico tutelado. Assim, para a caracterização do delito descrito [na] Lei 11.343/2006 [...]. Nesse passo, não há como negar que [a mercancia] de drogas [...] acaba estimulando [...] outros crimes relacionados ao narcotráfico: homicídio, roubo, corrupção, tráfico de armas etc [...]. Essa ilação é corroborada pelo expressivo número de relatos de crimes envolvendo violência ou grave ameaça contra pessoa, associados aos efeitos do consumo de drogas ou à obtenção de recursos ilícitos para a aquisição de mais substância entorpecente. Portanto, o objeto jurídico tutelado pela norma em comento é a saúde pública, e não apenas a saúde [...]”.

O art. 33, § 3º do Cód. Penal remete ao art. 59, do mesmo texto, para eleição do regime de cumprimento das penas, o qual, aliás, traz em seu bojo as consequências do delito como elemento informador.

Sem dúvida, o juiz não pode desprezar as regras de experiência comum (*praesumptiones hominis*), ou seja, a ordem normal das coisas. A experiência comum é aquele conhecimento adquirido pela prática e pela observação do cotidiano. Nesse sentido há manifestações da doutrina e da jurisprudência (cf. José Frederico Marques, *Elementos de Direito Processual Penal*, 1ª ed., Bookseller, 1997, vol. II, § 95, item 525, pág. 346, nota 9; Guilherme de Souza Nucci, *Código de Processo Penal Comentado*, 10ª ed., 2011, art. 239, item 4, págs. 544-5;

Guilherme Madeira Dezem, *Da Prova Penal*, 1ª ed., Millennium, 2008, cap. IV, item, 12.2, págs. 272; STF, 2ª T., HC 70.344/RJ, rel. Min. Paulo Brossard, RTJ, 149/521; STJ, 6ª T., HC 15.736/MG, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU, 23/04/01, pág. 189; LexSTF, 182/356; RT, 673/357, 711/378, 728/543, 744/602, 748/599, 758/583, 769/602 e 854/654: RJDTACrimSP, 5/167, 6/137, 7/105, 16/133, 25/324 e 28/209 (...).”

Guardadas as devidas proporções, outorgar regime mais brando só pela quantidade da reprimenda brindaria aquele que contribuiu decisivamente contra a ordem e saúde públicas com benefício que não se acha devidamente posto na lei do ponto de vista teleológico.

Daí, porque, fixo o regime inicial fechado para cumprimento de pena.

Da Substituição Nada obstante o teor da recente resolução do Senado Federal, que suspendeu a execução da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” do § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas, arrimado na decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou inconstitucional a vedação legal à substituição para o crime de tráfico, no julgamento do Habeas Corpus nº 97.256/RS, o posicionamento parece não refletir a conjuntura expectável frente à forte política de combate ao tráfico de entorpecentes implementada pelo Estado.

Note-se que o próprio artigo 44 do Código Penal estipula casos específicos em que não é permitida a substituição da pena, obstando a concessão do beneplácito legal a casos em que a substituição não tem o condão de alcançar os fins colimados com a aplicação da pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e da lei penal.

E neste ponto, a aplicação de uma medida tão branda e complacente vai de encontro ao tratamento austero e rígido que vem expresso pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Neste sentido, a Constituição Federal reserva tratamento especialmente severo ao tráfico ilícito de entorpecentes nos artigos 5º, inc. XLIII, LI e artigo 243, parágrafo único. Na mesma toada caminhou o legislador infraconstitucional ao equiparar o tráfico de drogas à categoria de crime hediondo, submetendo os autores desta espécie de delito às previsões específicas e mais rigorosas preconizadas pela Lei nº 8.072/90.

Assim, a impossibilidade de se aplicar a substituição ao grave crime de tráfico ilícito de entorpecentes, que tanto assola a comunidade, fica evidente com a interpretação sistêmica do ordenamento jurídico nacional, concluindo-se pela vedação como reflexo esperado ao tratamento mais rigoroso dado pela Constituição da República e pela legislação ordinária ao crime de tráfico de drogas.

Não obstante, resulta ilógico substituir penas privativas de liberdade para impor sanções restritivas de direitos a condenados por crimes hediondos, sob pena de se esvaziar o tratamento rígido que a Lei buscou propiciar a fim de concretizar a política criminal voltada a dirimir a traficância de entorpecentes, que, a propósito, envolve sempre outras práticas delitivas execráveis que tanto devastam o país.

Nesse sentido, foi editada recentemente pelo Superior Tribunal de Justiça a Súmula n.º 512, segundo a qual “A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas”.

Conclui-se, portanto, que o crime continua grave e hediondo e que tal substituição não se mostra suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Ante o exposto, dou provimento ao apelo interposto pelo Ministério Público para revogar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e fixar o regime inicial fechado para cumprimento de pena.

Considerando-se que o Col. STF, no julgamento do HC 135608, Rel. Min. Cármen Lúcia, reiterou entendimento no sentido de que, exaurida a possibilidade de tramitação de recursos em Segunda Instância, ainda que pendentes recursos especial e extraordinário sem efeito suspensivo, a determinação de início imediato do cumprimento da pena não constitui ofensa ao princípio constitucional da presunção da inocência, tal como assentado no HC 126292, Rel.

Min. Teori Zavascki, determino a imediata expedição de mandado de prisão (fls. 50/56).

No tocante ao regime inicial de cumprimento de pena, é firme neste Tribunal Superior a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. Nesse sentido, foi elaborado o enunciado n. 440 da Súmula



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desta Corte que prevê:

Súmula 440/STJ - "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".

No mesmo sentido, são os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam:

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.

Os fragmentos do acórdão acima transcritos e o exame dos autos revelam que após fixar a pena-base no mínimo legal, por considerar favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o regime fechado foi fixado sem fundamentação idônea, baseado apenas na pequena quantidade de droga apreendida (9,1 gramas de cocaína) e na hediondez do delito.

Dessarte, consoante orientação jurisprudencial desta Corte Superior, a mera referência genérica, pela instância ordinária, à lesividade da droga e à gravidade abstrata do delito de tráfico não constitui motivação suficiente, por si só, para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso.

Ademais, o óbice à fixação de regime diverso do fechado, apontado pelo Tribunal *a quo* em relação aos crimes hediondos e equiparados, foi superado pelo Supremo Tribunal Federal, que declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007.

Nessa toada, reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade do réu, a quem foi imposta reprimenda definitiva inferior a 4 anos de reclusão, **cabível a imposição do regime aberto para iniciar o cumprimento da sanção corporal**, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Por oportuno, confirmam-se os seguintes precedentes:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 33, § 3º, DO CP. OCORRÊNCIA. PENA INFERIOR A 8 ANOS E SUPERIOR A 4 ANOS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. DIREITO A REGIME MENOS GRAVOSO. SÚMULAS 718 E 719 DO STF E SÚMULA 440 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Não é possível a imposição de regime mais severo que o fixado em lei com base apenas na gravidade abstrata do delito. Para exasperação do regime fixado em lei é necessária motivação idônea. Súmulas n.º 718 e n.º 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n.º 440 deste Superior Tribunal de Justiça.

2. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp 1395041/SP, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 14/04/2014).

PENAL. HABEAS CORPUS. INDEFERIMENTO DE LIMINAR. NÃO CABIMENTO. SUPERAÇÃO DO ENUNCIADO N. 691 DA SÚMULA DO STF. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIALMENTE FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

II - Na hipótese, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de liminar em habeas corpus, manteve a decisão da magistrada de 1ª instância, que fixou o regime fechado para o início do cumprimento da pena, fundamentado na gravidade em abstrato do delito.

III - Contudo, o Enunciado 440, da Súmula do STJ afirma que "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito".

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

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime inicial aberto para o cumprimento da pena (HC 304.311/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 27/11/2014).

[...]

TRÁFICO. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. FIXAÇÃO DE MODO DE EXECUÇÃO DIVERSO DO INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E DESTE STJ. PACIENTE PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. FIXAÇÃO DO MODO ABERTO QUE SE MOSTRA DEVIDA. ILEGALIDADE PATENTEADA.

1. Diante da declaração de inconstitucionalidade, pelo Plenário do STF, do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, com a redação que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

lhe foi conferida pela Lei 11.464/07, que estabelecia o modo inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos delitos hediondos, cometidos após a sua entrada em vigor, o regime prisional para esses tipos de crimes deve agora ser fixado de acordo com o previsto no art. 33, e seus parágrafos, do Código Penal.

2. Reduzida a pena definitivamente para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e verificando-se que o paciente é primário e de bons antecedentes, mostra-se devida a imposição da forma aberta para o início da execução da pena reclusiva, de acordo com o art. 33, § 2º, c, e § 3º, do CP.

3. Writ não conhecido, concedendo-se, contudo, habeas corpus de ofício para: a) aplicar a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 no patamar de 2/3 (dois terços), tornando a reprimenda do paciente definitiva em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa;

b) substituir a pena reclusiva por duas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo da Execução; e c) fixar o regime inicial aberto (HC 240.986/MA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 01/02/2013).

De outro lado, entendo também que **a decisão do Tribunal de origem merece reparo quanto ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito**. Observo que, conforme bem observado pelo juiz sentenciante, o paciente preenche os requisitos previstos no art. 44 do CP, na medida em que é primário, de bons antecedentes, e as circunstâncias judiciais o favorecem. No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. VIA INADEQUADA. VIABILIDADE DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, §4.º, DA LEI N.º 11.343/2006 EM PATAMAR SUPERIOR AO RECONHECIDO NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL E QUANTUM TOTAL DA PENA INFERIOR A 04 (QUATRO) ANOS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. SÚMULA N.º 440/STJ. PACIENTE QUE PREENCHE OS REQUISITOS PARA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, CONCEDIDO.

1. Paciente presa em flagrante com 1,8 gramas de crack e 5 gramas de maconha e posteriormente condenada à pena de 04 anos e 02 meses de reclusão, em regime fechado, bem como ao pagamento de 416 dias-multa, como incursa no art. 33, caput, c.c. §4.º, da Lei n.º 11.343/06.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. A análise do pedido de desclassificação para uso pessoal (art. 28 da Lei n.º 11.343/2006) demandaria revolvimento de matéria fático-probatória, atividade sabidamente incompatível com a estreita via do habeas corpus, que é ação constitucional de rito célere e de cognição sumária.

3. Embora não justifique a aplicação da minorante do art. 33, §4.º, da Lei n.º 11.343/2006 em seu grau máximo (2/3), a natureza e quantidade de drogas apreendidas tampouco recomendam seja aplicado o redutor no mínimo legal (1/6), tal como fizeram as instâncias ordinárias, sendo razoável que a causa de diminuição incida à razão de 1/3 (um terço).

4. Fixada a pena-base no mínimo legal e não passando de quatro anos de reclusão a pena definitiva, o regime adequado para início de cumprimento de pena é o regime aberto. Súmula n.º 440/STJ.

5. A Paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, pois é primária, teve sua pena-base fixada no mínimo legal, e o quantum total da pena aplicada, com as alterações aqui realizadas, é inferior a 04 (quatro) anos de reclusão.

6. Ordem de habeas corpus parcialmente conhecida e, nessa extensão, concedida, para, mantida a condenação da Paciente, aumentar o grau de redução pela minorante do art. 33, §4.º, da Lei n.º 11.343/2006 e, por conseguinte, fixar o regime prisional aberto e substituir a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, a serem especificadas pelo Juízo das Execuções (HC 234.389/SP. Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJe de 21.6.2013).

[...]

NARCOTRÁFICO PRIVILEGIADO. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 44 DA LEI 11.343/06 PELO STF. SUSPENSÃO DA NORMA PELO SENADO. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. REQUISITOS LEGAIS. PREENCHIMENTO. COAÇÃO ILEGAL EVIDENCIADA.

1. **Considerando-se a declaração de inconstitucionalidade incidental, pelo STF, dos arts. 33, § 4º, e 44 da Lei 11.343/2006, na parte em que vedavam a substituição da pena reclusiva por medidas alternativas, e a suspensão da sua execução, pelo Senado Federal, não mais subsiste o fundamento para impedir a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.**

2. **A pequena quantidade de entorpecente capturado e o fato de o paciente ser primário e sem antecedentes criminais são de molde a justificar a substituição da reclusiva por duas penas alternativas, por ser socialmente recomendável, diante da suficiência da medida e das especificidades do caso concreto. Exegese do art. 44 do CP.**

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. *Writ não conhecido, concedendo-se, contudo, habeas corpus de ofício para: a) aplicar a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 no patamar de 2/3 (dois terços), tornando a reprimenda do paciente definitiva em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa;*

b) substituir a pena reclusiva por duas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo da Execução; e c) fixar o regime inicial aberto (HC 240.986/MA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 01/02/2013).

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do *habeas corpus*, mas pela concessão da ordem, de ofício, para restabelecer a decisão de primeiro grau.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0320596-6

HC 381.391 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01075464220158260050 1075464220158260050 20160000785029

EM MESA

JULGADO: 14/03/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: AMANDA RUIZ BABADOPULOS
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ROBSON FERREIRA DE AGUIAR

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.