



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 303.831 - SP (2014/0229918-8)**

**RELATOR** : **MINISTRO FELIX FISCHER**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADO** : ANDRE LUIZ DA SILVA DA CUNHA  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : CALIL LUIZ DA SILVA MACHADO (PRESO)

### EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO ART. 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/06. PRIMARIEDADE. REGIME ABERTO. CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Ministra **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - O **Pretório Excelso**, nos termos da r. decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do HC n. **97.256/RS**, ao considerar inconstitucional a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, contida no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06 - cuja execução foi suspensa pelo Senado Federal (Resolução n. 5 de 16/2/2012) -, permitiu a concessão da benesse legal aos condenados pelo crime de tráfico de drogas desde que preenchidos requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

IV - O Supremo Tribunal Federal também declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 - com redação dada pela Lei nº 11.464/07. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§2º e 3º do



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Código Penal.

V - **In casu**, o paciente é primário, teve valoradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais, - tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal -, e foi condenado pela prática de crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa (tráfico) à pena de **1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias** de reclusão - obteve, inclusive, a aplicação do redutor previsto no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, em 2/3.

VI - Revela-se adequado, portanto, consoante o disposto no art. 33, §2º, "c" e § 3º, do Código Penal, a imposição do regime inicial aberto ao paciente, condenado a pena inferior a 4 (quatro) anos, primário, ostentando condições judiciais favoráveis.

VII - Ademais, à luz do art. 44 do CP, o paciente faz jus, também, à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República favorável à concessão da ordem.

**Habeas corpus** não conhecido.

**Ordem concedida de ofício** para, **confirmando-se a liminar deferida**, fixar o regime aberto para cumprimento de pena, com a consequente conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal, a ser estabelecida pelo d. juízo **a quo**.

### 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 "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) e Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Ministro Felix Fischer

Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 303.831 - SP (2014/0229918-8)

### RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER:** Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em benefício de CALIL LUIZ DA SILVA MACHADO, apontando como autoridade coatora o eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 33, **caput**, c/c art. 40, inciso VI, da Lei nº 11.343/2006.

Irresignada, a defesa **interpôs apelação** perante o eg. Tribunal **a quo** por meio da qual buscava a imposição do regime inicial aberto ao paciente, bem como a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Entretanto, o apelo foi parcialmente provido, por unanimidade, apenas para estabelecer o regime semiaberto (em face do art. 387, § 2º, do CPP) e isentá-lo do pagamento de custas e despesas processuais, mantida, no mais, a r. sentença que o condenou a **1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão**, mais multa.

Daí o presente **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, no qual postula o impetrante a fixação do regime inicial aberto e posterior conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

A liminar foi **deferida** às fls. 34-37, para que o paciente aguardasse em liberdade o julgamento final do presente **writ**.

As informações foram prestadas às fls. 49-50 e 145-146.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 187-192, opinou pela **concessão** da ordem de ofício.

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 303.831 - SP (2014/0229918-8)

### EMENTA

PENAL. HABEAS CORPUS  
SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO  
CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO  
JURISPRUDENCIAL. TRÁFICO DE  
ENTORPECENTES. INCIDÊNCIA DA  
MINORANTE DO ART. 33, §4º, DA LEI Nº  
11.343/06. PRIMARIEDADE. REGIME ABERTO.  
CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE  
LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS.  
POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO  
CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE  
OFÍCIO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Ministra **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

III - O **Pretório Excelso**, nos termos da r. decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do **HC n. 97.256/RS**, ao considerar inconstitucional a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, contida no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06 - cuja execução foi suspensa pelo Senado Federal (Resolução n. 5 de 16/2/2012) -, permitiu a concessão da benesse legal aos condenados pelo crime de tráfico de drogas desde que preenchidos requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

IV - O Supremo Tribunal Federal também declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 - com redação dada pela Lei nº 11.464/07. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§2º e 3º do Código Penal.

V - **In casu**, o paciente é primário, teve valoradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais, - tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal -, e foi condenado pela prática de crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa (tráfico) à pena de **1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias** de reclusão - obteve, inclusive, a aplicação do redutor previsto no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, em 2/3.

VI - Revela-se adequado, portanto, consoante o disposto no art. 33, §2º, "c" e § 3º, do Código Penal, a imposição do regime inicial aberto ao paciente, condenado a pena inferior a 4 (quatro) anos, primário, ostentando condições judiciais favoráveis.

VII - Ademais, à luz do art. 44 do CP, o paciente faz jus, também, à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República favorável à concessão da ordem.

**Habeas corpus** não conhecido.

**Ordem concedida de ofício** para, **confirmando-se a liminar deferida**, fixar o regime aberto para cumprimento de pena, com a consequente conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal, a ser estabelecida pelo d. juízo **a quo**.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### VOTO

**O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER:** A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Ministra **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014).

As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinham-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Nas razões do presente **writ** busca o impetrante a fixação do regime inicial aberto, e a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

**In casu**, a r. sentença condenatória - mantida parcialmente em grau de apelação - fixou a pena base no mínimo legal, aumentada em 1/6 pelo artigo 40, inciso VI, da Lei n.º 11.343/2006 (causa de aumento diante da participação de adolescente), mas reconheceu a incidência do redutor inserto no §4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Por outro lado, fixou o regime inicial fechado, conforme excerto que ora transcrevo:

***"Passo à dosagem da pena que será aplicada ao réu pela prática do tráfico, crime ora reconhecido:***



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*As condições previstas no artigo 59 do Código Penal e no artigo 42 da Lei nº 11343 não são desfavoráveis ao acusado, primário e sem antecedentes criminais. Ademais, as circunstâncias do crime são as normais previstas no tipo penal.*

*Dessa forma, fixo a pena base no mínimo legal, em cinco anos de reclusão, e a pecuniária de quinhentos dias-multa.*

*Na segunda fase do cálculo, encontram-se ausentes agravantes. Embora presente a atenuante da menoridade relativa, tal circunstância não tem o condão de levar a pena para alguém do mínimo legal, no qual já fixada.*

*Na terceira fase do cálculo, considerando-se que no dia em que fora preso o réu estava atuando junto com o adolescente, a conduta ilícita do acusado certamente atingia tal adolescente, encontrando-se, pois, presente a causa de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso VI, da Lei nº 11.343.*

*Assim, aumento a pena de 1/6, passando para cinco anos e dez meses de reclusão, e a pecuniária de quinhentos e oitenta e três dias multa. Não há outras causas de aumento previstas.*

*Por fim, por se tratar de pessoa primária, sem antecedentes desabonadores e por não constar seja integrante de organização criminosa ou se dedique a atividades criminosas em caráter permanente, aplicável o redutor de pena previsto no parágrafo 4º do artigo 33.*

*Dessa forma, reduzo a pena do réu de 2/3, totalizando a pena final de: um ano, onze meses e dez dias de reclusão, e a pecuniária de cento e noventa e quatro dias-multa, que será a definitiva ante a inexistência de outras circunstâncias a serem consideradas.*

*Dada a natureza do crime, equiparado constitucionalmente aos hediondos, e a quantidade de pena aplicada, bem como considerada a disseminação do tráfico neste País pela leniência das leis e das Autoridades, e sendo necessário o efetivo combate a tão grave conduta, pelo alastramento do vício e destruição de famílias e vidas desde tenra idade, entendo que o único regime adequado e suficiente para início de cumprimento da pena, nos moldes do artigo 33 e parágrafos do Código Penal, é o fechado. E, pelos mesmos fundamentos, entendo inaplicável a substituição da pena privativa de liberdade por meras restritivas de direitos, incompatíveis com crime dessa natureza, ante sua hediondez, bem como insuficientes para o necessário combate ao comércio ilícito de drogas, que mais e mais assola a sociedade disseminando o vício. Inviável, igualmente, a aplicação do sursis" (fls. 21-22).*

O eg. Tribunal **a quo**, por ocasião do recurso de apelação interposto pela defesa, alterou o regime para o semiaberto (art. 387, § 2º, do CPP) e isentou o ora paciente do pagamento de custas e despesas processuais, tendo assim se manifestado a respeito:

*"A causa de aumento relativa à participação de adolescente ficou devidamente demonstrada pela prova oral colhida.*

*O réu teve sua pena imposta no mínimo legal, cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa. Diante da causa de aumento relativa ao artigo 40, VI, da Lei*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/06, é mantido o acréscimo de 1/6, resultando em 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa.

*Por fim, foi-lhe aplicada a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/06 em seu patamar máximo (2/3), o que o beneficiou, estabelecida a pena em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e no pagamento de 194 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.*

*O regime fixado para o cumprimento é o inicial fechado.*

*Não há possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por ser evidentemente insuficiente.*

*No entanto, no caso dos autos, avaliando o tempo em que o acusado já se encontra preso, ou seja, desde 09 de março de 2013, e considerando o que determina o artigo 387, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal, deve ser estipulado o regime semiaberto para o resgate, pois já cumpriu tempo suficiente para a progressão" (fls. 14-15).*

Na hipótese dos autos, foi apreendido em poder do ora paciente **30 invólucros de maconha (aproximadamente 69 g)**, entretanto, por se tratar de réu primário, de bons antecedentes, e que não se dedicaria à atividade criminosa ou que fosse integrante de organização criminosa, teve a sua pena reduzida em 2/3 (dois terços), diante da aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006.

Nada obstante, o regime inicial de cumprimento da pena, que foi o fechado - alterado em grau de apelação para o semiaberto, em razão do art. 387, § 2º, do CPP, baseou-se na gravidade em abstrato do delito, equiparado a hediondo, conforme se verifica da fundamentação acima transcrita.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 - com redação dada pela Lei nº 11.464/07. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33 e do art. 59, ambos do Código Penal, bem como os verbetes 440 da súmula do Superior Tribunal de Justiça e 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal (HC n. 277.310/SP, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014).

O **Pretório Excelso**, outrossim, nos termos da r. decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do **HC n. 97.256/RS**, ao considerar inconstitucional a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, contida no art. 33,



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

§4º, da Lei nº 11.343/06 - cuja execução foi suspensa pelo Senado Federal (Resolução n. 5 de 16/2/2012) -, permitiu a concessão da benesse legal aos condenados pelo crime de tráfico de drogas desde que preenchidos requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

O paciente, réu primário, teve valoradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais - tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal -, e foi condenado pela prática de crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa (tráfico) à pena de **1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias** de reclusão, e, assim, tem direito ao regime aberto de cumprimento de pena, **ex vi** do art. 33, §2º, alínea "c" e §3º, do Código Penal. À luz do art. 44 do mesmo diploma normativo, o paciente também faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ante o exposto, não conheço do **habeas corpus. Concedo**, entretanto, a **ordem de ofício** para, **confirmando-se a liminar deferida**, fixar o regime aberto para o cumprimento da pena, com a consequente conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal, a ser estabelecida pelo d. juízo **a quo**.

É o voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0229918-8

PROCESSO ELETRÔNICO

**HC 303.831 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 30051731020138260224 66502013

EM MESA

JULGADO: 18/11/2014

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
ADVOGADO : ANDRE LUIZ DA SILVA DA CUNHA  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : CALIL LUIZ DA SILVA MACHADO (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 do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) e Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.