



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 339.939 - SP (2015/0273772-8)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : TATIANA ELISA MARÃO BERAQUET - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RODRIGO DOS SANTOS NASCIMENTO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. NÃO CONHECIMENTO.

1. O Tribunal de origem negou a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 por entender que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, tendo em vista a quantidade e a natureza da droga apreendida - 52 pedras de *crack* - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006). Escorreito, pois, o afastamento da benesse, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.

2. Condenado o paciente à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, inviável a fixação do regime aberto para o cumprimento inicial da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal.

3. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 15 de dezembro de 2015(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 339.939 - SP (2015/0273772-8)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : TATIANA ELISA MARÃO BERAQUET - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RODRIGO DOS SANTOS NASCIMENTO (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de RODRIGO DOS SANTOS NASCIMENTO, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal nº 0010275-72.2011.8.26.0050).

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 05 (cinco) anos, 08 (oito) meses e 01 (um) dia de reclusão, em regime fechado, além de 566 (quinhentos e sessenta e seis) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, c.c art. 40, III, da Lei 11.343/06. Eis o teor do édito condenatório, no que pertinente (fls. 63/65):

(...)

Passo, assim, à fixação da pena, com fundamento nos arts. 59 e 68 do Código Penal.

O réu é reincidente pela prática de crime de homicídio conforme certidão que consta dos autos. Na primeira fase de aplicação da pena, considerando as circunstâncias da prisão e demais elementos norteadores do art. 59, do Código Penal, não vislumbro especial circunstância a justificar a exasperação da pena base, já que a reincidência do réu será considerada na segunda fase da dosimetria da pena. Ademais, não verifico da quantidade da droga apreendida circunstância a revelar necessidade de exasperar a pena base, o que deixo assim de fazer a fim de evitar bis in idem.

Fixo, assim a pena base no mínimo legal, em 05 anos de reclusão e 500 dias-multa, que agravo em 1/6 pela reincidência reconhecida do réu, totalizando 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa.

Pela causa de aumento reconhecida nos autos, aumento ainda a pena em 1/6, totalizando 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão e 680 dias-multa.

Por fim, verificado que a reincidência do réu se dá pela prática de crime de homicídio, não se tratando de reincidência específica pelo tráfico e dado ainda que não há nenhuma indicação nos autos de que o réu se dedique a atividade criminosa organizada, considerando ainda a razoável quantidade das porções das drogas apreendidas (52 pedras de crack), o que revela o tráfico no varejo, sem maior organização, entendo ainda possível e recomendável, como medida de proporcionalidade e razoabilidade, a aplicação do redutor do parágrafo 4º do art. 33, o que faço todavia, dadas as particulares circunstâncias do caso concreto, no patamar mínimo de 1/6, totalizando assim 5 anos, 8 meses e 1 dia de reclusão e 566 dias-multa,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que torno definitiva, por não haver outras causas legais modificadoras.

Diante da reincidência do réu e da pena aplicada, em se tratando ainda de crime equiparado a hediondo, o regime inicial para o cumprimento de pena é o fechado.

Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE a presente ação penal para CONDENAR RODRIGO DOS SANTOS NASCIMENTO, qualificado nos autos, à pena de 5 anos, 8 meses e 1 dia de reclusão regime inicial fechado, além de 566 dias multa, no valor unitário mínimo, como incurso no art. 33 caput, c.c. o art. 40, III, da Lei 11.343/06.

Diante da pena e regime aplicados ao réu, que está preso desde o flagrante, não fazendo jus a liberdade provisória, não poderá apelar em liberdade, fazendo-se necessária agora a prisão para assegurar a aplicação da lei penal.

Oportunamente, expeça-se guia de recolhimento, se o caso, provisória.

Após o trânsito em julgado, lance-se o nome do réu no rol dos culpados.

Inconformadas, Acusação e Defesa interpuseram recurso de apelação. O Tribunal de Justiça deu parcial provimento a ambos os recursos, para afastar o benefício do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 e a agravante da reincidência, condenando o réu à pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mantendo, no mais, o teor da condenação. Eis os termos do *decisum*:

No tocante a fixação da pena, atende razão ao parquet no que diz respeito a aplicação da causa de diminuição prevista no parágrafo quarto, do artigo 33, da Lei 11.343/06, para o réu. Com o devido respeito ao entendimento adotado pelo M.M. magistrado a quo, não parece correto que o réu seja beneficiado com tamanha redução, tendo em vista que no caso em tela não estão presentes as circunstâncias que autorizam tal benesse.

Lei 11.343/06, em seu artigo 33, § 4º, dispõe expressamente que para fazer jus ao benefício da causa de redução de pena o condenado deve ser primário, de bons antecedentes.

Portanto, tal causa de diminuição não poderia ter sido aplicada, visto que o réu é comprovadamente portador de maus antecedentes, como consta nas fls. 17/18 e 21 do apenso.

Não obstante, a grande quantidade, diversidade e nocividade das drogas apreendidas, quais sejam, cinquenta e duas pedras de crack, indicam maior afetação ao bem juridicamente tutelado, razão pela qual, em respeito ao artigo 42, da legislação de tóxicos, que deve ser interpretado em conjunto, a referida causa especial de diminuição de pena ficaria afastada.

(...)

Ainda, ante a expressiva quantidade de entorpecentes apreendidas com o apelante não há dúvidas que ele se dedique a atividades criminosas, pois não parece crível que fosse confiada a um desconhecido a comercialização de tantos entorpecentes.

Assim, resta afastada a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, para o recorrido.

Entretanto, deve-se reconhecer que o réu não era reincidente pelo crime de homicídio, uma vez que da sentença condenatória (fls. 21 do apenso) houve recurso defensivo julgado em segunda instância, no dia 19 de junho



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de 2011 (fls. 118/120). Desse modo, deve-se afastar a agravante de reincidência aplicada à pena pela MM. juíza a quo.

Passo a dosimetria das penas.

Na primeira fase de aplicação, fixo a pena em seu mínimo legal, em 05 anos de reclusão e 500 dias multa.

Ausentes agravantes ou atenuantes na segunda fase de aplicação da pena.

Pela causa de aumento contida no artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/06, aumento a pena em 1/6, totalizando assim 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Pena essa que se torna definitiva, ante o afastamento do benefício anteriormente aplicado, e a ausência de outras causa modificadoras. Não comportando qualquer redução.

Também é incabível que o regime prisional inicial seja outro diverso do fechado, em razão da existência de expressa proibição legal (artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90).

Diante do exposto, pelo meu voto DOU PARCIAL PROVIMENTO a ambos recursos, para afastar o benefício do artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06 e o agravante da reincidência, e condenar o réu, RODRIGO DOS SANTOS NASCIMENTO, à pena de cinco anos e dez meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de quinhentos e oitenta e três dias-multa, no valor unitário mínimo, mantendo-se, no mais, a r. decisão por seus próprios fundamentos. Oportunamente, expeça-se mandado de prisão (fls. 100/102).

Nesta via, a Defesa alega que o aresto objurgado apresenta grave e inaceitável constrangimento ilegal à liberdade do paciente, pois o Tribunal reconheceu a primariedade e as circunstâncias judiciais favoráveis ao paciente ao passo que rechaçou o benefício da redução da pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

Sustenta que o regime inicial de cumprimento de pena mais severo foi fixado com base na gravidade abstrata do delito, classificado como hediondo, desconsiderando as circunstâncias apuradas nos autos.

Destaca a quantidade de droga apreendida e a primariedade do paciente. No ponto, destaca que a circunstância judicial atinente aos maus antecedentes foi valorada com base em condenação não transitada em julgado, o que atentaria contra o princípio na não culpabilidade.

Aduz que pena estaria exagerada, uma vez que a participação do paciente nos fatos foi de menor importância.

Ao final, requer, liminarmente e no mérito, a redução máxima da pena e a fixação de regime inicial aberto.

A liminar foi indeferida às fls. 109/111.

Foram prestadas informações às fls. 121/123 e 126/147.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da lavra da Subprocuradora-Geral Raquel Elias Ferreira Dodge, pela denegação da ordem (fls. 150/154).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 339.939 - SP (2015/0273772-8)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. NÃO CONHECIMENTO.

1. O Tribunal de origem negou a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 por entender que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, tendo em vista a quantidade e a natureza da droga apreendida - 52 pedras de *crack* - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006). Escorreito, pois, o afastamento da benesse, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.

2. Condenado o paciente à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, inviável a fixação do regime aberto para o cumprimento inicial da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal.

3. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

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

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

Da leitura dos autos, verifica-se que a causa de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 foi negada pelo Tribunal de origem em razão da valoração negativa dos antecedentes criminais do paciente e por entender o Colegiado estadual que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, tendo em vista a quantidade e natureza da droga apreendida - 52 pedras de *crack* (fl. 100).

No tocante aos maus antecedentes, deve ser afastada a referida fundamentação, haja vista ser pacífica a jurisprudência deste Sodalício no sentido de que inquéritos policiais ou ações penais sem trânsito em julgado não podem ser considerados para se firmar um juízo negativo sobre antecedentes, conduta social e a personalidade, sob pena de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

se vulnerar a garantia da presunção de inocência.

Ocorre que deve ser mantida a motivação relativa à dedicação às atividades criminosas em razão da expressiva quantidade e da natureza da substância entorpecente apreendida.

Com efeito, o art. 42 da Lei Antidrogas determina 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".

Nesta senda, idoneamente motivado o afastamento do benefício com fulcro no art. 42 do Diploma Antidrogas, não há falar em constrangimento ilegal. A propósito, confirmam-se:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. PACIENTE QUE FAZIA DA NARCOTRAFICÂNCIA SEU MEIO DE VIDA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES.

WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. As instâncias de origem negaram a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 por entenderem que o paciente fazia da narcotraficância seu meio de vida, tendo em vista a quantidade e a variedade das drogas apreendidas - 22 porções de cocaína em pó, 6 porções de maconha, 68 porções de crack, uma pedra maior da mesma substância, mais 10 pedras de crack - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006) -, bem como em razão de não ter sido comprovado que o paciente exercesse qualquer atividade laborativa lícita. Escorreito o afastamento da benesse, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

2. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. In casu, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos e 10 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

3. In casu, o regime inicial fechado foi fixado com base, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado, determinar que o Tribunal a quo avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena, à luz do art.

33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 312.512/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 10/02/2015, DJe 23/02/2015)

(...)

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. QUANTIDADE DE DROGA. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES ILÍCITAS. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. Não há ilegalidade na negativa de aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, porquanto a quantidade e a natureza das substâncias apreendidas levaram à conclusão de que a paciente se dedica a atividades delituosas, ou seja, não se trata de traficante ocasional.

(...)

(HC 304.099/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 03/12/2014)

Ademais, a conclusão de que o paciente dedicava-se às atividades ilícitas não pode ser revista sem o necessário revolvimento no acervo fático-probatório, o que não se admite em sede de *habeas corpus*, via angusta por excelência. Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. REGIME INICIAL MENOS GRAVOSO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - Na espécie, o v. acórdão atacado afastou a redução de pena do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, afirmando, expressamente, que o paciente se dedica a atividade criminosa. Para se infirmar tal assertiva, seria necessário o revolvimento probatório, o que não é possível na via cognitiva do habeas corpus (Precedentes).

IV - Revela-se adequado na hipótese, consoante o disposto no art.

33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, a imposição do regime inicial fechado ao paciente, condenado a pena superior a 4 (quatro) anos, ostentando condições judiciais desfavoráveis reconhecidas na primeira fase da dosimetria da pena. Impossibilidade, portanto, de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos (Precedentes).

Habeas Corpus não conhecido.

(HC 305.713/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/12/2014, DJe 19/12/2014)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do(a) acusado(a), que este(a) não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.

2. Não há constrangimento ilegal no ponto em que, fundamentadamente, foi negada à paciente a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, tendo em vista que foram apontados elementos concretos que indicaram a dedicação da acusada a atividades criminosas. As instâncias ordinárias mencionaram a variedade e a grande quantidade de drogas apreendidas, a existência de fortes indícios de ligação da acusada com o grupo criminoso conhecido como o Primeiro Comando da Capital (PCC), a apreensão de diversos elementos diretamente relacionados ao tráfico de drogas, a ausência de comprovação de exercício de atividade lícita.

3. Para se afastar a conclusão de que a paciente não se dedicava a atividades criminosas, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência essa que, como cediço, é vedada na via estreita do habeas corpus.

4. Reconhecida a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da reprimenda imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto (como, por exemplo, a quantidade e a natureza de drogas apreendidas), para que, então, seja escolhido o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime carcerário que, à luz do disposto no art. 33 e parágrafos do Código Penal, se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

5. No caso, o juiz sentenciante determinou a imposição do regime inicial fechado, sem apontar nenhum elemento concreto dos autos que, efetivamente, evidenciasse a necessidade de fixação do modo inicialmente mais gravoso de execução.

6. Transitada em julgado a condenação, cabe ao Juízo das Execuções Criminais avaliar o caso em exame, aferindo a eventual possibilidade de, com base nas particularidades do caso concreto, fixar à acusada regime inicial mais brando de cumprimento de pena.

7. Mostra-se inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, haja vista que a paciente foi condenada à pena de 5 anos de reclusão, superior, portanto, ao limite objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal.

8. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, apenas para afastar a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado e determinar que o Juízo das Execuções Criminais proceda à análise do caso concreto, aferindo a eventual possibilidade de fixar à paciente regime inicial mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal, sob pena de este Superior Tribunal, fazendo-o diretamente, incidir na indevida supressão de instância.

(HC 277.140/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 11/12/2014)

Muito embora não se desconheça o teor do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n.º 118.008/SP, de relatoria da Ministra Rosa Weber, - que deu parcial provimento ao recurso para restabelecer a aplicação da causa especial de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 ao recorrente, à falta de dados empíricos embasadores da sua exclusão, porquanto "presentes apenas ilações ou conjecturas de envolvimento com grupo criminoso ou dedicação às atividades criminosas" -, verifica-se que tal precedente da Suprema Corte não cai como uma luva no caso ora em testilha.

A título ilustrativo, mister transcrever excerto do voto proferido pela eminente Ministra Rosa Webber, em sessão realizada em 24.9.2013:

(...)

É verdade que a quantidade e a variedade da droga apreendida, como indicativos do maior ou menor envolvimento do agente no mundo das drogas, podem ser validamente valorados para os efeitos do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, em especial no dimensionamento do percentual de redução da pena nele previsto. Na espécie, contudo, inobstante a gravidade dos delitos imputados ao Recorrente, tudo leva a crer, pelos elementos descritos, que se trata de “mula” ou pequeno traficante, ausentes indícios de envolvimento maior, ou com maior grau de responsabilidade, com grupo criminoso, ou de dedicação ao crime, a aconselhar a priorização do quanto avaliado pelo magistrado de primeiro grau. Como bem destaca o Ministério Público Federal, em seu parecer, há precedente desta Corte, em caso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

análogo, também oriundo do TRF da 3ª Região, da relatoria do Min. Gilmar Mendes, em que restabelecida a sentença de primeiro grau quanto à aplicação da minorante em comento, afastada a possibilidade de sua exclusão com base apenas em conjecturas (...).

(...)

Com efeito, a aplicação da minorante nos autos do referido recurso ordinário em *habeas corpus* deu-se de forma casuística. Entendeu a 1ª Turma daquele Sodalício, em decisão não unânime, ser possível, diante das peculiaridades do caso concreto, a aplicação do benefício ao recorrente, por tratar-se de pequeno traficante, vulgarmente conhecido como "mula", não restando evidenciada a dedicação às atividades criminosas e a participação em organização criminosa.

Destaque-se que o caso apreciado pelo Supremo Tribunal Federal cuidava de situação diversa da examinada no presente *writ*. Ora, consoante narra a exordial acusatória, a empreitada criminosa em testilha envolveu significativa quantidade de *crack* - 52 pedras - substância causadora de efeitos extremamente deletérios.

Dessarte, verifica-se que o caso ora em apreço destoa da hipótese tratada nos autos do RHC n.º 118.008/SP, razão pela qual o referido precedente não se aplica à espécie.

De mais a mais, cumpre destacar que o aludido acórdão do Pretório Excelso foi proferido por órgão fracionário, em apertado *score* - acompanharam a relatora os Ministros Luís Roberto Barroso e Dias Toffoli, restando vencidos os Ministros Luiz Fux e Marco Aurélio -, o que demonstra que o entendimento adotado por ocasião do julgamento do RHC n.º 118.008/SP não é, ainda, consolidado no âmbito da Suprema Corte.

Assim, tem-se por devidamente motivada a negativa da benesse, em razão da gravidade concreta do delito em comento, não havendo falar, pois, em constrangimento ilegal.

No tocante ao regime inicial de cumprimento de pena, imperativo transcrever o comando de regência da matéria, previsto no Código Penal:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

(...)

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

(...)

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

No caso em tela, a reprimenda final do paciente foi fixada em 5 anos e 10 meses de reclusão, ultrapassando, portanto o limite legal para incidência do regime menos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

gravoso. Assim, de acordo com a disciplina do regime inicial de cumprimento de pena, tem-se como inviável o atendimento da pretensão deduzida no presente *writ*.

Nesse diapasão:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. PENA REDUZIDA NO MÍNIMO LEGAL (§ 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006) COM BASE NA QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE (367,4G DE MACONHA E 194,4G DE COCAÍNA). ALTERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. INVIABILIDADE DO REGIME ABERTO E DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ABOLITIO CRIMINIS. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio, ressalvando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

- O Tribunal a quo aplicou a causa de diminuição de pena (§ 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006) no patamar de 1/6 (um sexto), levando-se em conta a natureza e a expressiva quantidade de droga apreendida (367,4g de maconha e 194,4g de cocaína).

- O acórdão está de acordo com o entendimento desta Corte de que o juiz, na aplicação da causa de diminuição de pena do § 4º do art.

33 da Lei 11.343/2006, deve levar em consideração a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido, nos termos do art. 42 da mesma lei. Precedentes: AgRg no HC 247.019/ES, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5ª T., DJe 25.3.2013; HC 221.761/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T. DJe 14.6.2013).

- Estando devidamente fundamentado o quantum de redução da pena, é inviável, em sede de habeas corpus, a sua alteração, tendo em vista a necessidade de revolvimento de fatos e provas. Precedente: HC 173.511/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 22.2.2012.

- Mantida a condenação em 9 (nove) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, não há falar em aplicação do regime aberto nem em substituição da pena por restritiva de direitos, nos termos dos arts. 33 e 44 do Código Penal.

- A tese de abolitio criminis do delito de posse de munição de arma de fogo de uso permitido não foi apresentada nas razões da apelação, razão pela qual o Tribunal a quo não a apreciou. Dessa forma, é inviável a análise, diretamente por esta Corte, da referida matéria, sob pena de indevida supressão de instância. Precedente: HC 252.650/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 19.3.2013.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 192.444/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA, julgado em 05/11/2013, DJe 19/11/2013)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APELAÇÃO JULGADA. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. CONDENAÇÕES ANTERIORES. DECURSO DO PRAZO PREVISTO NO ART. 64, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. MAUS ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIA QUE IMPEDE A APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. À luz do art. 64, inciso I, do Código Penal, ultrapassado o lapso temporal superior a 5 anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, as condenações penais anteriores não prevalecem para fins de reincidência. Podem, contudo, ser consideradas como maus antecedentes, nos termos do art. 59 do Código Penal.

3. Inaplicável a causa especial de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, na medida em que, conforme consignado pelas instâncias ordinárias, de forma devidamente fundamentada, o paciente não preenche os requisitos legais, porquanto ostenta maus antecedentes.

4. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

5. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. In casu, tendo a reprimenda final alcançado 7 anos de reclusão, não é possível a pretendida substituição. Pelo mesmo raciocínio, também é inviável a concessão do regime aberto.

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 206.972/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 14/05/2013, DJe 23/05/2013)

Assim, afigura-se inviável a pretendida alteração do regime inicial de cumprimento de pena, porquanto a pena do paciente foi fixada em patamar superior a 4 anos de reclusão, o que impede a imposição do regime aberto para o cumprimento inicial da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal.

Constata-se, assim, que a insurgência não merece guarida.

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0273772-8

HC 339.939 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00102275722011826005 00102757220118260050 050110102754 102757220118260050
20140000220522 2692011 50110102754

EM MESA

JULGADO: 15/12/2015

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

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

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : TATIANA ELISA MARÃO BERAQUET - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RODRIGO DOS SANTOS NASCIMENTO (PRESO)

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

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.