



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 261.726 - ES (2012/0267204-6)

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
IMPETRANTE : IZABELITA MARQUES ALENCAR FARIA
IMPETRANTE : SERGIO ARAUJO NIELSEN
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : FÁBIO BRITO DE OLIVEIRA (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO **WRIT**. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, **CAPUT**, DA LEI 11.343/2006). DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO, EM **HABEAS CORPUS**. IMPOSSIBILIDADE. IMPOSIÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO, PELO ACÓRDÃO IMPUGNADO, COM FUNDAMENTO EM CIRCUNSTÂNCIAS NÃO CONSIDERADAS COMO NEGATIVAS PARA MAJORAR A PENA-BASE. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. ILEGALIDADE CONSTATADA. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS, COM BASE EM CIRCUNSTÂNCIAS NÃO CONSIDERADAS DESFAVORÁVEIS PARA AGRAVAR A PENA-BASE, A QUALQUER TÍTULO. ART. 44, III, DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

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

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

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

IV. Nada impede, contudo, que, na hipótese de **habeas corpus** substitutivo de recursos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

especial e ordinário ou de revisão criminal que não merece conhecimento, seja concedido **habeas corpus**, de ofício, em caso de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou decisão teratológica.

V. A pretensão dos impetrantes de desclassificação do crime de tráfico de drogas para o de posse, para consumo pessoal, não pode ser acolhida, na via eleita, pois tal envolveria análise profunda do acervo fático-probatório dos autos, o que se mostra de todo incompatível com os estreitos limites do **habeas corpus**, especialmente quando as instâncias ordinárias, ao analisarem as provas carreadas aos autos, restaram convictas quanto à configuração do crime de tráfico de drogas.

VI. A fixação de regime mais gravoso que o delimitado pelo art. 33, § 2º, do Código Penal, ao paciente, primário, foi baseada em motivos não cogitados como fundamento para a exasperação da pena-base, na primeira fase da dosimetria, na forma do art. 59 do Código Penal. Nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, a imposição de regime mais gravoso demandaria o reconhecimento de circunstâncias negativas, previstas no art. 59 do Código Penal, determinando-se, assim, o aumento da pena-base, o que, no caso, não ocorreu. Precedentes (STJ, RHC 16.509/SP, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJU de 15/08/2005; STJ, HC 35.032/SP, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, DJU de 14/03/2005).

VII. A negativa do direito de substituição da pena privativa de liberdade de 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão ao paciente – primário, condenado por crime que não envolveu violência ou grave ameaça a pessoa, e que teve a pena-base fixada no mínimo legal – fundamentou-se em circunstâncias não consideradas, a qualquer título, na primeira fase da dosimetria, para exasperar a pena-base, que foi, por tal motivo, fixada no mínimo legal. Impossibilidade.

VIII. Consoante a jurisprudência do STJ: "Se todas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal foram consideradas favoráveis, com a fixação da pena-base no mínimo legal, o paciente é primário, a reprimenda é inferior a 4 anos e o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, revelam-se presentes os requisitos exigidos pelo art. 44 do Código Penal. Não parece razoável fazer alusão à quantidade de droga apreendida se essa circunstância não foi considerada desfavorável na primeira fase de aplicação da pena, sendo de rigor a substituição da pena, notadamente porque o delito foi cometido na vigência da Lei nº 6.368/76, quando não existia ainda a vedação trazida pela Lei nº 11.343/06" (STJ, HC 83.153/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 21/09/2009).

IX. **Habeas corpus** não conhecido.

X. Ordem concedida, de ofício.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido de habeas corpus e, por maioria, conceder a ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora, vencido, neste ponto, o Sr. Ministro Rogério Schietti Cruz.

Votaram com a Sra. Ministra Relatora os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior quanto ao não conhecimento da ordem.

Votaram com a Sra. Ministra Relatora os Srs. Ministros Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior quanto à concessão de ofício.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 10 de setembro de 2013 (data do julgamento).

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 261.726 - ES (2012/0267204-6)

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de Recurso Especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de FÁBIO BRITO DE OLIVEIRA, apontando, como autoridade coatora, a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em 1º Grau, à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, como incurso no art. 33, **caput**, da Lei 11.343/2006, de vez que foi surpreendido na posse de 51g (cinquenta e uma gramas) de **crack**, para fins de mercancia.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, perante o Tribunal de origem, que deu provimento ao apelo, para reduzir a pena a 03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão e 375 (trezentos e setenta e cinco) dias-multa, mantendo-se o regime inicial fechado para o seu cumprimento e negando-se a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Sustentam os impetrantes, em síntese, que, preso em flagrante, em 18/05/2011, foi-lhe concedida liberdade provisória, em 17/06/2011, por ser primário, sem antecedentes, ter residência e trabalho fixos (fls. 112/113e).

Condenado, em 1º Grau, a 5 (cinco) anos de reclusão, por tráfico, em regime inicial fechado, o Juízo de 1º Grau determinou a imediata expedição de mandado de prisão em seu desfavor, prisão que não se justifica. Diz que "o requerente é primário e de bons antecedentes, com emprego fixo, além de não pretender fugir de sua prestação de contas à Justiça, tem o direito de ser colocado em liberdade, para exercer livremente sua profissão, e assim, requerer a substituição de sua pena" (fl. 3e).

Alegam, ainda, a possibilidade de desclassificação do delito, porquanto inexistente prova da traficância, sendo certo tratar-se de porte de droga para uso próprio.

Sustentam, outrossim, que o paciente sofre constrangimento ilegal, proveniente da manutenção do regime inicial fechado, mesmo diante do **quantum** de pena e das circunstâncias judiciais favoráveis, bem como pela negativa de substituição



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, com fundamento na natureza e na quantidade da droga apreendida.

Requer, nesse contexto, a concessão de liminar, para que se determine a expedição de alvará de soltura, em favor do paciente, para que aguarde, em liberdade, o julgamento do presente **writ**. No mérito, pede a concessão da ordem, para desclassificar o crime de tráfico de drogas para delito de uso, ou para substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido de liminar foi indeferido, a fls. 305/306e.

Solicitadas informações à autoridade apontada como coatora, foram prestadas a fls. 309/312e e 316/319e.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República, MAURÍCIO VIEIRA BRACKS, a fls. 321/324e, opinou pelo não conhecimento da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 261.726 - ES (2012/0267204-6)

VOTO

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

O Superior Tribunal de Justiça, após o julgamento, pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, dos HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012), firmou entendimento pela inadequação do **writ**, para substituir recursos especial e ordinário ou revisão criminal, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípua objetivo e desordenar a lógica recursal.

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

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

Portanto, o presente **Habeas corpus**, substitutivo de Recurso Especial, não merece ser conhecido.

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

Compulsando os autos, verifica-se que o paciente foi condenado, em 1º



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Grau, pela prática de tráfico de drogas, nos seguintes termos:

"No presente caso, a materialidade do delito está devidamente comprovada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 02/04 do IP), pelo auto de apreensão (fls. 08 do IP) e, pelo Laudo de Exame Químico (fls. 28/31).

Já quanto a autoria, passo a análise das provas.

(...)

Nesse passo, os verbos 'ter em depósito' e 'guardar' substância entorpecente também caracteriza o tráfico de drogas, e para a configuração do crime, é necessário que o denunciado se enquadre em um dos verbos contidos no artigo 33 da Lei 11.343/06, e neste caso, restou provada a autoria do acusado no crime de tráfico de drogas, ante a apreensão da droga.

Ressalta-se, que apesar de não haver prova da mercancia, eis que o acusado não foi flagrado vendendo drogas, a simples apreensão da droga, nas circunstâncias em que se deu, é suficiente para caracterizar a delito. Vejamos:

'Para configuração do delito de tráfico na sua forma consumada, não é necessário que o agente efetue a venda do tóxico, bastando que o possua, guarde ou tenha em depósito'.

(TJSC - AC 17.202 - Rel. Geraldo Gama Salles - JC 37/446).

Assim, **a prova se mostrou convergente e concatenada, sendo, portanto, satisfatória para a formação da convicção. Neste sentida, a denúncia está lastreada de elementos comprobatórios, não havendo como fugir à tipificação de tráfico de droga em relação ao, no tocante ao delito previsto no artigo 33, da Lei nº. 11.343/06.**

A de se frisar, ainda, que apesar que alegar que a droga era para consumo próprio, em momento algum a defesa requereu a desclassificação do delito.

(...)

Isto Posto, rejeito a preliminar arguida e JULGO PROCEDENTE a pretensão punitiva Estatal, **para CONDENAR o acusado FABIO BRITO DE OLIVEIRA, já qualificado, pela prática delitiva previsto no artigo 33, 'caput', da Lei nº. 11.343/06.**

Por fim, impõem-se a análise indispensável das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, passando a fixar a pena base, atendendo ainda as disposições do artigo 68 do mesmo Diploma Legal.

Culpabilidade do acusado está comprovada, sendo sua conduta altamente reprovável eis que o tráfico e o consumo de entorpecentes constituem, atualmente, flagelo da humanidade. As drogas são



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

responsáveis pela morte prematura de milhares de jovens no mundo todo, e a sociedade reclama a adoção de providências enérgicas objetivando a erradicação de tal mal; antecedentes imaculados; não há notícias da conduta social do réu; personalidade do homem comum; os motivos do crime não o justificam; as circunstâncias e as consequências extrapenais do crime não foram graves, visto ter sido a droga apreendida; a situação econômica do acusada não é boa.

Assim, **atento às circunstâncias analisadas, fixo a pena em 05 (CINCO) ANOS E 500 (QUINHENTOS) DIAS MULTA, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.**

Inexistindo circunstâncias agravantes, causas especiais de diminuição ou de aumento de pena, **torno a referida pena em DEFINITIVA.**

O Regime inicial de cumprimento da pena será a "FECHADO", nos termos do § 1º, do artigo 2º, da Lei nº. 8.072/90.

EXPEÇA-SE MANDADO DE PRISÃO em desfavor do acusado FABIO BRITO DE OLIVEIRA, filho de Aurelina Brito de Oliveira.

(...)

NÃO CONCEDO o direito ao acusado FABIO BRITO DE OLIVEIRA de apelar em liberdade, diante da pena aplicada, de seu regime de cumprimento" (fls. 216/220e).

O Tribunal de Justiça de 2º Grau, quando do julgamento da Apelação Criminal, manteve a condenação do paciente, em acórdão assim ementado:

"APELAÇÃO CRIMINAL. TÓXICOS. CONDENAÇÃO DO APELADO NAS SANÇÕES DO ARTIGO 33, *CAPUT*, DA LEI Nº 11.343/06. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO PARA O DELITO PREVISTO NO ART. 28, DA LEI DE TÓXICOS. INVIABILIDADE. FIXAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE TÓXICOS. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA DIVERSO DO FECHADO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO ACOLHIMENTO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Os elementos fático-probatórios constantes na ação penal demonstram a existência dos elementos de autoria e de materialidade concernentes ao delito exposto no art. 33, caput, da Lei 11.343/06.

2. Sendo o recorrente primário, possuidor de bons antecedentes e não havendo prova de que este se dedicava



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

às atividades criminosas e nem integrava organização criminosa, a minorante constante no art. 33, § 4º, da Lei de Tóxicos deverá ser concedida.

3. Há precedentes de nossos tribunais superiores permitindo a concessão do regime inicial diverso do fechado aos condenados pelo crime de tráfico de drogas e afins. Porém, o julgador deverá apreciar o caso em concreto para concessão dos benefícios mencionados, sendo que a quantidade e a qualidade das drogas, a teor do art. 42, da Lei 11.343/06, possuem relevante força de argumentação para se conceder ou denegá-las. Nesta ilação, não se revela adequado o regime mais brando para início de cumprimento da pena privativa de liberdade, sob o risco de afastarmos as finalidades principais da pena, quais sejam a repreensão e reeducação do criminoso.

4. De mesma forma, revela-se inviável a concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos, em face da mencionada observância de requisitos expressos no art. 42, da Lei de Drogas.

5. Recurso a que se dá parcial provimento" (fls. 280/281e).

Inicialmente, destaco que a questão relativa à prisão do paciente, determinada pela sentença condenatória, não foi por ele arguida, em sede de apelação, nem apreciada pelo acórdão impugnado, o que inviabiliza o seu exame pelo STJ, sob pena de supressão de instância (fl. 283e).

A pretensão dos impetrantes de desclassificação do crime de tráfico de drogas para o de posse, para consumo pessoal, não pode ser acolhida, na via eleita, pois tal envolveria análise profunda do acervo fático-probatório dos autos, o que se mostra de todo incompatível com os estreitos limites do **habeas corpus**, especialmente quando as instâncias ordinárias, ao analisarem as provas carreadas aos autos, restaram convictas quanto à configuração do crime de tráfico de drogas.

Neste sentido:

"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE ENTORPECENTE, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E USO DE IDENTIDADE FALSA. CONDENAÇÃO. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA E DE DESCLASSIFICAÇÃO. REVOLVIMENTO DE PROVAS NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONDIZENTE COM O WRIT. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE. CONDENADO REINCIDENTE. ALTERAÇÃO DO REGIME E SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE. NÃO CONHECIMENTO.

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 contra acórdão de apelação, como se fosse um sucedâneo recursal inominado.

2. O intento de absolver o paciente pelos delitos aos quais foi condenado e de desclassificar o delito de tráfico para uso de substância entorpecente não se coaduna com a via angusta do writ, pois depende de aprofundamento probatório.

3. Paciente que é reincidente e, por isso mesmo, não pode ser beneficiado com a causa especial de diminuição do tráfico.

4. Alteração do regime inicial de pena e de substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos colocadas como consequência da redução da pena que não ocorreu. Montante, ademais, da reprimenda, que impede os pleitos.

5. Ausência de flagrante ilegalidade, apta a fazer relevar a impropriedade desta impetração.

6. Writ não conhecido" (STJ, HC 172.712/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 24/04/2013).

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL E PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE DEMORA NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO INTERPOSTA. SUPERVENIENTE APRECIÇÃO DO APELO, PELA CORTE DE JUSTIÇA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A FIGURA DO ART. 28 DA LEI N.º 11.343/06. REEXAME DE PROVAS. VIA ELEITA INADEQUADA. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE PREJUDICADO E, NO MAIS, NÃO CONHECIDO.

1. Impetrante/Paciente condenado à pena de 09 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais 900 dias-multa, pela prática do delito do art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/06, porque preso em flagrante no dia 02/09/2010, com 40 invólucros de cocaína (28,4g).

2. Com o superveniente julgamento do recurso de apelação, pela Corte de origem, resta prejudicada a irresignação quanto à eventual demora na apreciação do reclamo defensivo.

3. A desclassificação da conduta para a figura do art. 28 da Lei n.º 11.343/06 demandaria inevitável dilação probatória, o que é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inviável em sede de writ, sobretudo quando as instâncias ordinárias, ao analisarem as provas carreadas aos autos, restaram convictas quanto à configuração do crime de tráfico de drogas. E mais, registre-se, em obiter dictum, que a quantidade de entorpecente apreendida não é indicativo automático de ser o agente mero usuário.

4. Ordem de habeas corpus parcialmente prejudicada e, no mais, não conhecida" (STJ, HC 217.792/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe de 19/03/2013).

Depreende-se dos autos que a fixação, pelo Juiz sentenciante (fl. 220e), do regime inicial fechado, foi fundamentada, exclusivamente, na disposição do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, na redação da Lei 11.464/2007, que veio a ser declarada inconstitucional, pelo STF.

Por sua vez, o acórdão impugnado manteve o regime inicialmente fechado, fundamentado-se na natureza e na quantidade da droga apreendida, **in verbis**:

"Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, mantenho no fechado, bem como entendo não ser cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

Pois bem, ainda que a pena privativa de liberdade fixada seja inferior à 08 (oito) anos de reclusão, não faz jus o apelante ao regime de pena mais brando, considerando a natureza da droga apreendida, vulgarmente conhecida como "crack", posto que possui grande nocividade à saúde pública, tendo em vista seu elevado potencial de dependência e capacidade devastadora na vida do dependente e de sua família e em decorrência da grande quantidade (53,1g).

Ressaltando o exposto, destaco que eventual concessão de regime mais brando para início de cumprimento da pena privativa de liberdade afastaria as finalidades principais da pena, quais sejam a repressão e reeducação do criminoso" (fls. 286/287e).

Todavia, para a imposição de regime mais gravoso, segundo a sanção aplicada, exige-se concreta motivação, fundada na quantidade de pena, na primariedade ou não do réu e nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, em face do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Note-se que a sentença de 1º Grau fixou a pena-base no mínimo legal, por considerar, a final, as circunstâncias judiciais favoráveis ao paciente, primário, e, à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

míngua de atenuantes e agravantes e de causas de aumento – entendimento, neste ponto, mantido pelo Tribunal de 2º Grau – e de diminuição de pena, fixou a pena definitiva no mínimo legal, pela prática do delito previsto no art. 33, **caput**, da Lei 11.343/2006.

Observa-se que, embora a sentença tenha considerado, de início, como negativas duas circunstâncias judiciais – a culpabilidade e os motivos, fazendo-o de modo genérico e pela gravidade abstrata do delito, quanto à culpabilidade, e sem nada fundamentar, quanto aos motivos do crime ("os motivos do crime não o justificam") –, acabou por fixar a pena-base no mínimo legal, tornando-a definitiva.

O acórdão impugnado manteve a fixação da pena-base no mínimo legal e aplicou a minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, na fração de 1/4 (um quarto), resultando na pena definitiva de 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão, mantido o regime inicial fechado e negando a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, **in verbis**:

"Todavia, o mencionado benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, restou devidamente comprovado nos autos, assistindo direito ao recorrente de ter sua pena minorada dentro dos limites previstos no artigo em comento.

Tal fato ocorre em vista de não restar nos autos qualquer prova de que o apelante se dedicava às atividades criminosas ou integrava organização criminosa, bem como por ser este primário e não possuir maus antecedentes.

Cumprе ressaltar que **não foram apreendidas vultuosa quantia em dinheiro ou diversas espécies de drogas que pudessem ensejar sua dedicação ao crime ou organização criminosa.**

(...)

Á luz do exposto, **CONHEÇO** do recurso de apelação criminal e **DOU PARCIAL PROVIMENTO**, para reformar a sentença primeva, no sentido de aplicar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, razão pela qual passo a fixar a pena definitiva.

Em obediência ao princípio constitucional da individualização da pena, expresso no art. 5º, XLVI da CF, e em respeito às disposições contidas no art. 59 do CP, adoto a análise das circunstâncias judiciais procedidas pelo magistrado de piso, prolator da sentença primeva.

Desta forma, **mantenho como necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime de tráfico ilícito de entorpecentes a PENA-BASE de 05 (cinco) anos de reclusão e**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, já fixados pelo juízo de piso.

Quanto as demais fases da dosimetria da pena, em obediência ao art. 68, do CP, não vislumbro atenuantes ou agravantes da pena a serem fixadas.

Em face do reconhecimento da causa de diminuição constante no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 e considerando a natureza da droga apreendida, procedo a redução da pena-base em 1/4 (um quatro), chegando a pena que torno definitiva em 03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão e 375 (trezentos e setenta e cinco) dias-multa" (fls. 285/286e).

Constata-se que, em nenhum momento, as instâncias ordinárias entenderam que a natureza e a quantidade da droga apreendida eram aptas a alterar o patamar da pena-base, tanto que as circunstâncias judiciais foram tidas, a final, por favoráveis, que a pena-base foi fixada – e mantida, pelo acórdão impugnado – no mínimo legal.

Assim, verifica-se que o paciente teve a pena-base fixada no mínimo legal do tipo previsto para o tráfico de drogas, em razão da ausência de circunstâncias desfavoráveis. Entretanto, foi-lhe fixado o regime mais gravoso, baseado em motivos não cogitados como fundamento para a exasperação da pena-base, na primeira fase da dosimetria, na forma do art. 59 do Código Penal. Nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, a imposição de regime mais gravoso demandaria o reconhecimento de circunstâncias negativas, previstas no art. 59 do Código Penal, determinando-se, assim, o aumento da pena-base, o que, no caso, não ocorreu.

Neste sentido:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. INTEMPESTIVIDADE. RECEBIMENTO COMO HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE ROUBO. PENA NO MÍNIMO LEGAL. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO. QUANTUM DE 2 ANOS E 8 MESES. IMPOSIÇÃO DE REGIME FECHADO. FUNDAMENTO EM TORNO DA FIGURA DO DELITO. GRAVIDADE GENÉRICA. JUÍZO PARADOXAL NA DOSIMETRIA DA PENA-BASE E NO ESTABELECIMENTO DO REGIME.

A gravidade genérica do delito, por si só, não justifica a imposição do regime inicial fechado, quando a dosagem definitiva da pena abaixo de quatro anos permite a aplicação do regime aberto, tendo sido consideradas, no momento da fixação, as circunstâncias judiciais (art. 59, CP) favoráveis ao réu, fato que lhe rendeu a indicação do mínimo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

legal.

Afigura-se um contra-senso permitir a fixação da pena no mínimo legal, por inexistência de motivos hábeis à exasperação, e ao mesmo tempo averbar o regime mais gravoso em torno de proposições não cogitadas na primeira fase da dosimetria.

Recurso recebido como habeas corpus para conceder a ordem e fixar o regime aberto" (STJ, RHC 16.509/SP, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJU de 15/08/2005).

"PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE ESTABELECIDADA NO MÍNIMO LEGAL. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL MAIS SEVERO. INADMISSIBILIDADE.

O regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade deve considerar, além da quantidade da pena aplicada (§ 2º do art. 33 do CP), as condições pessoais do réu (§ 3º do art. 33 c/c art. 59 do CP), sendo vedado, em regra, avaliar apenas a gravidade abstrata do crime.

Não cabe o regime inicial fechado se a quantidade da pena imposta pela sentença permite que seja estabelecido o semi-aberto e não se apontam circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu.

Implica contradição fixar-se a pena-base no mínimo legal, diante da ausência de motivos para a sua exasperação, e, posteriormente, com base em circunstâncias não consideradas na primeira fase da aplicação da pena, deixar-se de estabelecer o regime inicial menos gravoso aplicável ao caso, conforme os parâmetros do art. 33, § 2º, do CP.

Estabelecida a pena-base no patamar mínimo, é de rigor a fixação do regime inicial semi-aberto ao condenado não reincidente cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito).

Ordem concedida para garantir ao paciente iniciar o cumprimento da pena a que foi condenado no regime semi-aberto" (STJ, HC 35.032/SP, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, DJU de 14/03/2005).

Na espécie, foi estabelecido, pelo acórdão, ao paciente, primário, regime mais gravoso do que o delimitado pelo art. 33, § 2º, alínea c, do Código Penal, com fundamento em circunstâncias não consideradas para fixação da pena-base (natureza e quantidade da droga), o que não me parece razoável.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que "não é possível a imposição de regime mais severo que aquele fixado em lei com base apenas na gravidade abstrata



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do delito" (HC 55.364/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJU de 09/04/2007), podendo configurar-se "contradição fixar-se a pena-base no mínimo legal, diante da ausência de motivos para a sua exasperação, e, posteriormente, com base em circunstâncias não consideradas na primeira fase da aplicação da pena, deixar-se de estabelecer o regime inicial menos gravoso aplicável ao caso, conforme os parâmetros do art. 33, § 2º, do Código Penal" (HC 35.032/SP, Rel. Ministro PAULO MEDINA, Sexta Turma, DJU de 14/03/2005).

Assim, diante da fixação da pena-base em seu patamar mínimo e da ausência de fundamentação idônea, em face do art. 59 c/c art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, para alterar o regime legal de cumprimento da pena, e tratando-se de réu primário, faz jus o paciente a iniciar o cumprimento de sua pena em regime prisional aberto, nos termos do art. 33, § 2º, **c**, do Código Penal.

Quanto à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, o Tribunal de 2º Grau assim se fundamentou:

"De mesma forma, revela-se inviável a concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos, mormente diante da análise do art. 42, da Lei 11.343/06" (fl. 287e).

Pelos mesmos fundamentos, deve a ordem ser concedida, para substituir a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, conforme o disposto no art. 44 do Código Penal.

Conquanto a quantidade e a natureza da droga tenham sido utilizadas, pelo acórdão, como fundamento para a negativa da substituição da pena, tais circunstâncias não foram levadas em consideração para agravar a pena-base e para considerar desfavoráveis ao paciente, a qualquer título, as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, porquanto a existência de circunstância judicial negativa poderia ensejar o indeferimento da substituição da pena, nos termos do art. 44, III, do Código Penal.

Nesse sentido, cito os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

"*HABEAS CORPUS*. ART. 35 DA LEI N.º 11.343/06. CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. INAPLICABILIDADE DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS. INCIDÊNCIA DAS REGRAS DO CÓDIGO PENAL. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO.

1. Paciente condenada como incurso no art. 35 da Lei n.º 11.343/06, à pena de 03 anos de reclusão, em regime fechado, porque seria a pessoa responsável por promover a comunicação entre traficante preso, com o qual tinha relacionamento amoroso, e seus asseclas, distribuindo tarefas para a compra e a comercialização de drogas.

2. O crime de associação para o tráfico de drogas não se encontra elencado no rol dos crimes hediondos ou equiparados, não se lhe aplicando o disposto na Lei n.º 8.072/90, modificada pela Lei n.º 11.343/06. E, de todo modo, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por esses crimes.

3. Fixada a pena-base da Paciente no mínimo legal, dada a ausência de circunstâncias judiciais favoráveis, não é possível infligir-lhe regime prisional mais gravoso. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Aplicação do enunciado n.º 440 da Súmula desta Corte.

4. Inexiste, outrossim, qualquer empecilho à substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, bastando que a condenada atenda os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

5. Ordem de habeas corpus concedida para, mantida a condenação, fixar o regime inicial aberto, determinando ao Juízo das Execuções Penais que proceda ao exame do preenchimento ou não dos requisitos necessários à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Prejudicado o pedido de reconsideração da decisão que indeferiu a liminar" (STJ, HC 243.903/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe de 01/02/2013).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 12 DA LEI Nº 6.368/76. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. GRAVIDADE GENÉRICA DO CRIME. FUNDAMENTO INSUFICIENTES. REQUISITOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. PREENCHIMENTO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A gravidade genérica do crime de tráfico de entorpecentes e o fato de ser equiparado a hediondo não são motivos hábeis a demonstrar que a pena alternativa é insuficiente.

2. Se todas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal foram consideradas favoráveis, com a fixação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena-base no mínimo legal, o paciente é primário, a reprimenda é inferior a 4 anos e o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, revelam-se presentes os requisitos exigidos pelo art. 44 do Código Penal.

3. Não parece razoável fazer alusão à quantidade de droga apreendida se essa circunstância não foi considerada desfavorável na primeira fase de aplicação da pena, sendo de rigor a substituição da pena, notadamente porque o delito foi cometido na vigência da Lei nº 6.368/76, quando não existia ainda a vedação trazida pela Lei nº 11.343/06.

4. Ordem concedida" (STJ, HC 83.153/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 21/09/2009).

Portanto, à luz dos aludidos precedentes, a quantidade e a natureza da droga, utilizadas para negar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, não pode impedir a substituição, à luz do art. 44 do Código Penal, porque não consideradas para a exasperação da pena-base, fixada no mínimo legal, sendo o paciente primário, condenado a pena inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, com pena-base fixada no mínimo legal, por delito que não envolveu violência ou ameaça a pessoa.

Dessa forma, tendo o paciente sido condenado, por crime sem violência ou grave ameaça a pessoa (art. 33, **caput**, da Lei 11.343/2006), à pena de 03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão, além de ser primário e ter as circunstâncias judiciais valoradas favoravelmente, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal, verifico que preenche ele os requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Ante o exposto, **não conheço** do presente **Habeas corpus**. Concedo, porém, a ordem, de ofício, para fixar o regime aberto, para início do cumprimento da pena privativa de liberdade, deferindo, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, a serem determinadas pelo Juízo das Execuções.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 261.726 - ES (2012/0267204-6)

VOTO-VENCIDO

EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ: Sr. Presidente, vejo com muita dificuldade a questão da fixação do regime nos crimes de tráfico. Acho que a Sra. Ministra Assusete Magalhães, assim como os demais Ministros desta Turma, tem essa dificuldade quanto à fixação do regime devido, justo, para essas situações. Até em razão disso, a jurisprudência tem sido construída no sentido de permitir, em hipóteses não tão graves, que o condenado inicie o cumprimento da sua pena em regime que não o mais gravoso, o fechado. E também, em alguns casos, além da redução da pena, tem sido admitida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Neste caso, porém, vejo que o paciente foi condenado a uma pena que se aproxima de quase 4 (quatro) anos de reclusão, por haver sido flagrado na posse de 70 gramas de *crack*, substância que, todos sabemos, tem sido responsável por uma verdadeira epidemia não só nos grandes centros urbanos, mas até mesmo em áreas rurais, onde se verifica o alastramento do tráfico dessa substância entorpecente com efeitos nefastos, principalmente para a juventude deste País.

Por sua vez, a Constituição Federal, no seu art. 5º, inciso XLIII, equipara o crime de tráfico de entorpecentes a outros de igual ou maior gravidade, como são os crimes hediondos, crime de tortura, terrorismo, em um mandado de criminalização que deve nortear não apenas o legislador, mas também, acredito, o próprio magistrado de qualquer instância.

Vejo, portanto, Sr. Presidente e eminente Ministra Relatora, uma dificuldade de fixar um regime antípoda ao mais gravoso, no caso, o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime aberto, para uma situação de tráfico de entorpecentes que não se adstringe a uma cessão isolada de uma pequena quantidade de droga, e sim, ao que parece, de alguém que traficava uma substância altamente nociva à saúde pública e às pessoas que são já comprometidas na sua liberdade psíquica com relação a essa droga.

Assim, peço vênias à Sra. Ministra Relatora, mas, embora até tendo as circunstâncias sido apontadas como favoráveis à fixação da pena no seu mínimo, e mesmo para a substituição da pena privativa de liberdade, porque não tem ela respondido aos anseios relativos aos seus fins, quanto ao regime de pena tenho dificuldade de fixar o regime mais benevolente, que seria o aberto.

Portanto, peço vênias **para divergir e fixar o regime semiaberto.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0267204-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 261.726 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 169798320118080024 24110169794 2411113244073 4942011 782011

EM MESA

JULGADO: 10/09/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : IZABELITA MARQUES ALENCAR FARIA

IMPETRANTE : SERGIO ARAUJO NIELSEN

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PACIENTE : FÁBIO BRITO DE OLIVEIRA (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 SextaTurma, por unanimidade, não conheceu do pedido de habeas corpus e, por maioria, concedeu a ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora, vencido, neste ponto, o Sr. Ministro Rogério Schietti Cruz.

Votaram com a Sra. Ministra Relatora os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior quanto ao não conhecimento da ordem.

Votaram com a Sra. Ministra Relatora os Srs. Ministros Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior quanto à concessão de ofício.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.