



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 322.650 - SP (2015/0100750-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ROSELEINE APARECIDA DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CAIO CESAR DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06 NEGADA PELO JUÍZO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE MAUS ANTECEDENTES. MANUTENÇÃO DA NEGATIVA PELA CORTE DE ORIGEM POR ENTENDER QUE O PACIENTE PRATICAVA O TRÁFICO COM HABITUALIDADE. REGIME FECHADO FIXADO PELO MAGISTRADO DE PRIMEIRO GRAU COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. MANUTENÇÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS. *REFORMATIO IN PEJUS*. NÃO OCORRÊNCIA. EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO. REVALORAÇÃO DOS FATOS E CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PENA E REGIME MANTIDOS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. NÃO CONHECIMENTO.

1. O efeito devolutivo da apelação autoriza a Corte estadual, quando instada a se manifestar acerca da dosimetria e do regime inicial de cumprimento de pena, a examinar as circunstâncias judiciais e rever a individualização da pena, seja para manter ou reduzir a sanção imposta em primeira instância ou para manter ou abrandar o regime inicial. É possível nova ponderação dos fatos e circunstâncias em que se deu a conduta criminosa, mesmo tratando-se de recurso exclusivamente defensivo, sem que se incorra em *reformatio in pejus*, desde que não seja agravada a situação do réu. Ressalva de entendimento da relatora.

2. Na espécie, não há falar em *reformatio in pejus*, ante a ausência de prejuízo à situação do paciente, porquanto mantidos a pena final e o regime originariamente imposto pelo Juízo de primeira instância.

3. Mantida a negativa de redução da pena pelo Tribunal de origem, em razão da conclusão de que o paciente praticava o tráfico de entorpecentes com habitualidade, dedicando-se, pois, às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, 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*.

4. Devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial fechado, em razão da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

5. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

6. *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 (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 23 de junho de 2015(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 322.650 - SP (2015/0100750-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ROSELEINE APARECIDA DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CAIO CESAR DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de CAIO CESAR DA SILVA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 0012670-08.2010.8.26.0071).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, como incurso nas sanções do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime fechado, além de multa, sendo-lhe negado o direito de recorrer em liberdade. Confirmam-se os termos do *decisum*, no que interessa:

(...) comprovados os termos da denúncia, impõe-se a condenação, como medida de justiça.

O réu é primário, porém revela maus antecedentes criminais (fls. 79/84). Devido aos antecedentes, não tem direito à causa de diminuição de pena do § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06. Assim, fixo a pena base no mínimo legal, sem considerar os antecedentes, visto que estes já foram utilizados para afastar a causa de diminuição de pena.

Isto posto, JULGO PROCEDENTE a ação penal, para CONDENAR o acusado CAIO CÉSAR DA SILVA, Rg nº 45.706.662, a cumprir 05 (cinco) anos de reclusão e a pagar 500 (quinhentos) dias-multa, por infração ao artigo 33, "caput", da Lei 11.343/06.

Fixo o valor do dia multa no mínimo legal, o qual deverá ser corrigido quando da execução.

Por ser crime equiparado ao hediondo, o réu cumprirá a pena em regime fechado, sem direito de recurso em liberdade (fls. 18/19).

Inconformada, a Defesa apelou, tendo sido negado provimento ao recurso, nos seguintes termos:

(...) E, corretamente, o r. sentenciante não aplicou o redutor, que, pelas circunstâncias do delito, não deveria mesmo ser reconhecido: como bem ressaltado na r. decisão, comprovou-se que o apelante era um colaborador do tráfico, vez que foi encontrado em local conhecido como ponto de venda de entorpecentes, portando uma lanterna para se localizar no local - extremamente escuro - na posse de quantidade não compatível com a de usuário, além de um espelho para auxiliar no uso dos entorpecentes, dinheiro e aparelho de telefone celular, ficando **revelada, portanto, a habitualidade no exercício do comércio ilícito.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Redutor de pena se aplica ao traficante eventual, nunca ao contumaz. Traficante eventual, exemplificando, é aquele viciado que fica sem droga para seu consumo, recorrendo, então, a outro amigo viciado que ocasionalmente lhe fornece, a qualquer título, parte de seu entorpecente.

A pena foi criteriosamente dosada e bem justificada, considerando as circunstâncias em que os fatos se deram, e as condições pessoais do apelante, não merecendo qualquer reparo a r. sentença, vez que em sintonia com os parâmetros da suficiência e reprovabilidade da conduta criminosa.

Tendo em vista que o redutor não pode ser aplicado, ficam prejudicados os requerimentos de fixação de regime aberto para o cumprimento da pena e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. O total da pena não autoriza os benefícios.

O regime inicial fechado para o cumprimento da pena deve ser mantido, considerando a gravidade do crime de tráfico de drogas, pois comparado a crime hediondo, o que enseja a aplicação, inicialmente, de um regime mais severo, mostrando à sociedade a eficaz repressão a esse tipo de delito. Frise-se que **em poder do réu se deu a apreensão de razoável quantidade de entorpecente, incomum a um mero usuário, atrelada ao alto poder lesivo que provoca na sociedade, oferecendo risco à saúde pública.**

Destarte, a r. decisão monocrática deve subsistir por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Ante o exposto, por meu voto, CONHEÇO e NEGOU PROVIMENTO ao recurso de apelação, mantendo-se a sentença por seus próprios fundamentos (fls. 28/30) (grifou-se).

Daí o presente *mandamus*, no qual a defensoria/impetrante alega que a Corte de origem acrescentou fatos novos, não mencionados pelo magistrado de 1º grau, para fundamentar a presunção de que o paciente se dedicava a atividades criminosas e que integrava organização criminosa, o que, além de ser vedado em recurso exclusivo da defesa, não é suficiente para a negativa de aplicação do disposto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, por se tratar de mera presunção.

Argumenta que foi mantido o regime fechado, sem substituição da pena, com base apenas na gravidade do delito de tráfico, mais uma vez com acréscimo de novos fundamentos por parte do Tribunal de origem, em recurso exclusivo da defesa.

Sustenta que a Corte *a quo* violou a proibição de *reformatio in pejus*, tendo trazido novos fundamentos para a não incidência da causa de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, revelando a falta de motivação da sentença para afastar o redutor em comento.

Defende que a decisão do Tribunal estadual baseou-se em meras presunções para negar a incidência do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, o que seria inadmissível para fins de condenação criminal e fixação de pena.

Afirma ser o paciente primário, sem antecedentes criminais, não existindo nos autos "qualquer elemento que autorize o reconhecimento dos maus antecedentes do paciente,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vez que as certidões contidas nos autos revelam somente processos decorrentes de crimes praticados posteriormente aos fatos aqui tratados" (fl. 9).

Ressalta que o regime fechado para início de cumprimento de pena foi fixado na sentença sem qualquer fundamentação, o que por si só, a tornaria nula, nos termos do art. 93, IX, da Constituição Federal. No entanto, ao invés de a Corte *a quo* reconhecer a falta de motivação da sentença condenatória, tratou de incluir dados novos, em recurso exclusivo da defesa, além de consignar que o único regime cabível para o crime de tráfico é o fechado, o que seria absolutamente contrário à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

Menciona ser cabível, ao caso, o regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a teor do art. 44 do Código Penal.

Consigna que o paciente está preso desde 5.3.2009, cumprindo pena em excesso.

Requer, liminarmente e no mérito, que possa aguardar em liberdade o julgamento deste *writ*, além de, desde logo, ser retificada a dosimetria da pena para aplicar o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em seu grau máximo, fixar o regime aberto e substituir a pena corporal por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida às fls. 45/47.

Foram prestadas informações às fls. 56/76.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral Maria Eliane Menezes de Farias, pelo não conhecimento do *writ*, mas pela concessão da ordem, de ofício, no que tange ao regime inicial de cumprimento de pena (fls. 80/85).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 322.650 - SP (2015/0100750-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06 NEGADA PELO JUÍZO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE MAUS ANTECEDENTES. MANUTENÇÃO DA NEGATIVA PELA CORTE DE ORIGEM POR ENTENDER QUE O PACIENTE PRATICAVA O TRÁFICO COM HABITUALIDADE. REGIME FECHADO FIXADO PELO MAGISTRADO DE PRIMEIRO GRAU COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. MANUTENÇÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS. *REFORMATIO IN PEJUS*. NÃO OCORRÊNCIA. EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO. REVALORAÇÃO DOS FATOS E CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PENA E REGIME MANTIDOS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. NÃO CONHECIMENTO.

1. O efeito devolutivo da apelação autoriza a Corte estadual, quando instada a se manifestar acerca da dosimetria e do regime inicial de cumprimento de pena, a examinar as circunstâncias judiciais e rever a individualização da pena, seja para manter ou reduzir a sanção imposta em primeira instância ou para manter ou abrandar o regime inicial. É possível nova ponderação dos fatos e circunstâncias em que se deu a conduta criminosa, mesmo tratando-se de recurso exclusivamente defensivo, sem que se incorra em *reformatio in pejus*, desde que não seja agravada a situação do réu. Ressalva de entendimento da relatora.

2. Na espécie, não há falar em *reformatio in pejus*, ante a ausência de prejuízo à situação do paciente, porquanto mantidos a pena final e o regime originariamente imposto pelo Juízo de primeira instância.

3. Mantida a negativa de redução da pena pelo Tribunal de origem, em razão da conclusão de que o paciente praticava o tráfico de entorpecentes com habitualidade, dedicando-se, pois, às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, 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*.

4. Devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial fechado, em razão da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

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. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

6. *Habeas corpus* não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Defende a presente impetração a ilegalidade da não aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, bem como a necessidade de alteração do regime inicial de cumprimento de pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ao argumento de que a Corte de origem teria agregado fundamentos novos, não mencionados pelo Juízo de primeira instância, para negar as pretensões ventiladas em sede de apelação, em prejuízo ao réu.

Cumpre esclarecer que me filio ao posicionamento de que não é dado ao Tribunal, em recurso exclusivo do réu, reexaminar as circunstâncias judiciais, eis que a referida prática violaria o princípio do *ne reformatio in pejus*. Isso porque a Corte estadual deveria, tão somente, apreciar a legalidade dos fundamentos da sentença e não criar nova análise que possa trazer prejuízo à situação do condenado.

Nesta senda, em recurso exclusivamente defensivo, não seria possível ao Tribunal modificar o entendimento do Juízo singular em prejuízo do réu, ainda que o resultado final não seja mais gravoso que o prolatado em primeiro grau de jurisdição.

Entretanto, considerando os recentes julgados da Sexta Turma, nos quais fiquei vencida, juntamente com o Ministro Sebastião Reis Júnior, penso ser o caso de ressaltar o meu entendimento, tendo em vista, inclusive, o julgamento do HC n.º 304.886/SP, ocorrido na sessão de 24.2.2015, ainda pendente de publicação.

Eis o teor da ementa:

HABEAS CORPUS. ROUBO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. REGIME INICIAL FECHADO. DADOS FÁTICOS CONCRETOS. MODO MAIS BRANDO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO. FUNDAMENTOS NOVOS. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Para a escolha do regime prisional, devem ser observadas as diretrizes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal, além dos dados fáticos da conduta delitiva que, se demonstrarem a gravidade concreta do crime, poderão ser invocados pelo julgador para a imposição de regime mais gravoso do que o permitido pelo *quantum* da pena.

2. Não há ilegalidade na fixação do regime inicial fechado quando apontados dados fáticos suficientes a indicar a gravidade concreta do crime – **na espécie, o emprego de arma de fogo, que gerou temor na vítima,**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e o disparo efetuado pelo comparsa –, ainda que o agente seja primário e o *quantum* da pena seja inferior a oito anos (art. 33, § 3º, do CP).

3. A proibição de reforma para pior garante ao recorrente, na espécie ora versada, o direito de não ter sua situação agravada, direta ou indiretamente. **Não obsta, entretanto, que o tribunal, para dizer o direito** – exercendo, portanto, sua soberana função de *juris dictio* – encontre motivação própria, respeitada, insisto, a imputação deduzida pelo órgão de acusação, a extensão cognitiva da sentença impugnada e os limites da pena imposta no juízo de origem.

4. Não há que se invalidar o julgamento de apelação em que o tribunal – no exercício de sua jurisdição, obrigado, por imposição constitucional, a indicar as razões de sua convicção (art. 93, IX, da C.R.), e no âmbito da devolutividade plena inerente ao recurso em apreço – melhor explicita as circunstâncias judiciais reconhecidas de modo mais sucinto na sentença impugnada exclusivamente pela defesa, respeitados o limite da pena fixada em primeiro grau e o espectro fático-jurídico sobre o qual se assentou a decisão recorrida, para, ao final, manter o regime fechado para início do cumprimento da pena.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

No mesmo sentido decidiu a Sexta Turma nos autos do HC n.º 254.070/SP e do HC n.º 275.110/SP, ambos de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz.

Desse modo, embora ainda comungue da compreensão inicialmente explanada, curvo-me ao recente entendimento do Colegiado.

Nessa esteira de inteligência, entende-se que o efeito devolutivo da apelação autoriza a Corte estadual, quando instada a se manifestar sobre a dosimetria e sobre o regime inicial de cumprimento de pena, a examinar as circunstâncias judiciais e rever todos os aspectos da individualização da pena deliberados no édito condenatório, seja para manter ou reduzir a sanção imposta em primeira instância ou para manter ou abrandar o regime inicial.

Assim, considera-se possível nova ponderação dos fatos e circunstâncias em que se deu a conduta criminosa pelo Tribunal *a quo*, mesmo tratando-se de recurso exclusivamente defensivo, sem que se incorra em *reformatio in pejus*, desde que não seja agravada a situação do réu, tal como no caso em testilha.

Com efeito, verifica-se que o Tribunal de origem manteve a negativa de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 por concluir que as circunstâncias do caso concreto demonstravam que o paciente praticava o tráfico com habitualidade, dedicando-se, pois, às atividades criminosas.

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.

Dessarte, afigura-se inviável a aplicação do aludido redutor, uma vez que tal conclusão - de que o paciente praticava o tráfico de entorpecentes com habitualidade - não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

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

2. No caso vertente, não obstante a paciente seja primária e possuidora de bons antecedentes, o juiz sentenciante afastou a aplicação da causa especial de diminuição de pena com base nas circunstâncias do caso concreto, as quais o levaram a acreditar que ela se dedicava a atividades delituosas, notadamente ao cometimento do narcotráfico.

3. Para se afastar a conclusão das instâncias ordinárias, 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. Habeas corpus não conhecido.

(HC 291.540/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/08/2014, DJe 26/08/2014)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (...) CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS E INTEGRAVA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. (...)

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 revisão criminal.

(...)

3. Concluído pelas instâncias ordinárias, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava às atividades criminosas e integrava organização criminosa denominada Comando Vermelho, não incide a causa especial de diminuição de pena, 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*.

(...)

8. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, somente em relação ao paciente JEFERSON ARILSON DA SILVA PASSOS, para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena.

(HC 261.282/RJ, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2014, DJe 09/04/2014)

Do Supremo Tribunal Federal, colho os seguintes julgados:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES (ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, I, DA LEI 11.343/2006). CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. AFASTAMENTO PELO JUÍZO SENTENCIANTE E PELO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. ANÁLISE DA DEDICAÇÃO DO PACIENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA OU DE SER INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. NECESSIDADE DO REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. (...)

(...)

3. A causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da lei 11.343/06 está condicionada ao preenchimento, cumulativo, dos requisitos legais: primariedade, bons antecedentes e agente que não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

4. A análise da dedicação, ou não, do agente com atividade criminosa demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via do habeas corpus. Precedentes: RHC 105.150, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 04.05.12; HC 101.265, Segunda Turma, Red. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, DJe de 06.08.12; RHC 107.860, Primeira Turma, Rel. a Min. Rosa Weber, DJe de 25.09.12.

5. A conduta social do réu, o concurso de agentes, a quantidade e a natureza do entorpecente, os apetrechos utilizados e as circunstâncias em que a droga foi apreendida podem constituir o amparo probatório para o magistrado reconhecer a dedicação do réu à atividade criminosa. Precedentes: RHC 94.806/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 16/04/2010; HC 116.541/ES, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 6/6/2013; HC 98.366/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 5/2/2010.

(...)

9. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido. Ordem concedida, de ofício, para determinar ao Juízo processante ou, se for o caso, ao Juízo da execução penal, que, afastado o óbice constante do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, verifique se o paciente preenche, ou não, os requisitos necessários à fixação do regime diverso de fechado.

(RHC 121092, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2014, DJe-088 DIVULG 09-05-2014 PUBLIC 12-05-2014)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. INCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO STJ. SUPRESSÃO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INSTÂNCIA. PRECEDENTES. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA, MAS DENEGADA.

1. A não aplicação da causa de diminuição da pena do § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06 pressupõe a demonstração pelo juízo sentenciante da existência de um conjunto probatório apto a afastar a configuração de alguma das hipóteses descritas no preceito legal (a) primariedade; (b) bons antecedentes; (c) não dedicação a atividades criminosas; e (d) não integração à organização criminosa.

2. No caso, as instâncias ordinárias concluíram, com base nos elementos de provas colhidos sob o crivo do contraditório, que o paciente se dedicaria à atividades criminosas, em especial à prática do crime de tráfico de drogas. Nesse contexto, revela-se inviável a utilização do habeas corpus para o revolvimento do conjunto fático-probatório, a fim de reexaminar o que decidido pelas instâncias ordinárias.

3. O acórdão impugnado não apreciou os fundamentos invocados na impetração no que concerne ao regime inicial de cumprimento da pena. Desse modo, qualquer juízo desta Corte sobre a matéria implicaria indevida supressão de instância e contrariedade à repartição constitucional de competências. Precedentes.

4. Ordem parcialmente conhecida, mas denegada.

(HC 111607, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/10/2013, DJe-205 DIVULG 15-10-2013 PUBLIC 16-10-2013)

No mais, verifica-se que o regime inicial fechado foi fixado pelo Juízo de primeira instância com base, exclusivamente, na hediondez do crime de tráfico de drogas, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores, tendo em vista que, para estabelecer o regime prisional, deve o magistrado apreciar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo art. 33 e parágrafos do Código Penal.

O Tribunal de Justiça Estadual, por sua vez, ao analisar o tema, manteve o regime inicial fechado não só em razão da natureza do delito, mas em razão da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a saber, a natureza e a razoável quantidade da substância entorpecente apreendida (fl. 24).

É este o espírito da Lei Antidrogas, que dispõe:

Art. 42. 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.

Assim, devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado, com base nas circunstâncias do caso concreto, não há ilegalidade a ser sanada. Nesse sentido:

PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PLEITO DE FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO E DE APLICAÇÃO DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO PARA O INÍCIO DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE PARA A FIXAÇÃO DE REGIME PENAL MAIS GRAVOSO E PARA O INDEFERIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS.

1. Admite esta Corte Superior que a natureza e a quantidade da substância entorpecente justificam a fixação de regime penal mais gravoso ao condenado por crime de tráfico de drogas, mesmo sendo estabelecida pena inferior a 4 anos, em observância ao art. 33, § 3º, do CP c/c o art. 42 da Lei n.º 11.343/2006.

2. A presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, notadamente a natureza e quantidade da droga apreendida (15 porções de cocaína), é fundamento idôneo para negar a benesse relativa à substituição da pena privativa de liberdade por sanções alternativas, conforme o disposto no inciso III do art. 44 do Código Penal. Precedentes.

3. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp 1462967/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/02/2015, DJe 20/02/2015)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. NATUREZA E VARIEDADE DAS DROGAS. CRIME COMETIDO EM LOCAL DE GRANDE CIRCULAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. 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 como substitutiva de recurso especial.

2. É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/06, no sentido de 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".

4. Não há constrangimento ilegal na imposição do regime inicial semiaberto e na negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos tendo em vista a gravidade concreto do delito, evidenciada pela natureza e a variedade das substâncias entorpecentes apreendidas - maconha e crack (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006) -, bem como pelo fato de o crime ter sido cometido em local de grande circulação de crianças e adolescentes.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 290.199/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 03/02/2015)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. PRETENSÃO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NO ACÓRDÃO IMPUGNADO. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME NA VIA ELEITA, SOB PENA DE INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Os Tribunais Superiores assentaram que o uso do remédio heroico se restringe a sanar ato ilegal de autoridade, que deve ser cessado de imediato, inadmitido seu uso indiscriminado como substitutivo de recursos e nem sequer para as revisões criminais.

2. No que diz respeito à fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, observo que as circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal não foram todas favoráveis. Assim, não obstante a pena tenha sido fixada em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis autorizam a adoção do regime mais gravoso.

3. De acordo com o entendimento pacificado nesta Egrégia Corte Superior, a matéria objeto de irresignação não pode vir a ser suscitada apenas no writ aqui manejado, fazendo-se necessário o prévio exame da instância ordinária, sob pena de incorrer em supressão de instância.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 226.426/SC, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 27/08/2014)

Não é possível, ademais, a pretendida substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A título ilustrativo, imperativo transcrever o comando de regência da matéria, previsto no Código Penal:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

No caso em tela, a reprimenda final do paciente restou fixada em 5 anos de reclusão, ultrapassando, portanto o limite legal para incidência da benesse nos crimes dolosos. Assim, de acordo com a disciplina do instituto da pena restritiva de direitos, tem-se como inviável o atendimento da pretensão deduzida no presente writ. Nesta senda:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. (...) SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. INVIABILIDADE. PENA IMPOSTA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. (...) HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

- Mantida condenação em 5 (cinco) anos de reclusão, não há como acolher do pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, uma vez que ausentes os requisitos do art. 44, I, do Código Penal.

(...)

(HC 253.002/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 16/10/2014, DJe 03/11/2014)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS EVIDENCIADA. REGIME MAIS BRANDO. POSSIBILIDADE EM TESE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

(...)

5. Mostra-se inviável proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois o paciente foi condenado a reprimenda superior a 4 anos, fora, portanto, do limite objetivo previsto no inciso I do artigo 44 do Código Penal.

6. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, apenas para que o Juízo das Execuções proceda à análise do caso concreto, aferindo a eventual possibilidade de fixar ao paciente regime inicial mais brando de cumprimento de pena, à luz do artigo 33 do Código Penal.

(HC 297.406/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/10/2014, DJe 03/11/2014)

Tem-se, portanto, que a impetração substitutiva não comporta a extraordinária cognição.

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0100750-0

HC 322.650 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00126700820108260071 126700820108260071

EM MESA

JULGADO: 23/06/2015

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: ROSELEINE APARECIDA DA SILVA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: CAIO CESAR DA SILVA (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 (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.