



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 321.686 - SP (2015/0089616-0)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : DEBORA REZENDE DANTAS MOTTA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALAN MELO DA ROCHA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. OBSERVÂNCIA DO QUANTUM DE PENA IMPOSTA E DO DISPOSTO NO ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Mesmo para os crimes hediondos ou os a eles equiparados, cometidos na vigência da Lei n. 11.464/2007, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da pena imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto, para que, então, seja escolhido o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

2. No caso, o Tribunal estadual, ao fixar o regime inicial fechado, destacou "a natureza do entorpecente apreendido (cocaína), substância das mais nocivas ao organismo humano" (fl. 42).

3. A natureza altamente nociva do entorpecente apreendido justifica, concretamente, a adoção de regime prisional mais severo, a teor do art. 33, § 3º, do CP.

4. Ante a declaração de inconstitucionalidade, pela Corte Suprema, da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no art. 44 do mesmo diploma normativo, mostra-se possível, em princípio, proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, mesmo que perpetrado já na vigência da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Lei n. 11.343/2006.

5. Para tanto, devem ser preenchidos, cumulativamente, os requisitos objetivos e subjetivos exigidos no art. 44 do Código Penal, não sendo possível negar a benesse com base na hediondez e na gravidade abstrata do crime de tráfico, consoante hodierno entendimento dos tribunais superiores.

6. Como a condenação do paciente transitou em julgado, cabe ao Juízo das Execuções avaliar a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois as instâncias ordinárias não procederam, anteriormente, à análise dos elementos concretos constantes dos autos, à luz do preconizado no art. 44 do Código Penal.

7. Ordem parcialmente concedida, de ofício, para determinar ao Juízo das Execuções Criminais que verifique o eventual preenchimento, pelo paciente, dos requisitos objetivos e subjetivos necessários à concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, consoante o disposto no art. 44 do CP.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de agosto de 2015

Ministro Rogerio Schietti Cruz



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 321.686 - SP (2015/0089616-0)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADA : DEBORA REZENDE DANTAS MOTTA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : ALAN MELO DA ROCHA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

ALAN MELO DA ROCHA, paciente neste *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, estaria sofrendo coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, que negou provimento à Apelação n. 0005136-37.2014.8.26.0050.

O paciente foi condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 166 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Irresignada, a defesa apelou, pleiteando a absolvição, a desclassificação para o art. 28 da Lei de Drogas ou, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e a imposição de regime inicial aberto. O Tribunal de origem negou provimento ao recurso defensivo (fls. 35-42).

Nesta Corte, a Defensoria Pública alega que, "sendo o paciente primário, e levando-se em conta os motivos que levaram o Juízo de primeiro grau a diminuir a pena até então aplicada à fração máxima, com fulcro na figura privilegiada do delito, não subsiste qualquer razão para o cumprimento da pena em regime fechado" (fl. 2).

Aduz que a decisão impugnada violou o disposto nas Súmulas n. 718 e 719 do STF, pois não apresentou fundamentação idônea para a imposição do regime mais gravoso.

Requer, liminarmente e no mérito, "seja estabelecido como regime inicial de cumprimento da pena o aberto e substituída a pena" (fl. 5).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Indeferida a liminar (fls. 47-48), o Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem (fls. 58-60).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 321.686 - SP (2015/0089616-0) EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. OBSERVÂNCIA DO *QUANTUM* DE PENA IMPOSTA E DO DISPOSTO NO ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Mesmo para os crimes hediondos ou os a eles equiparados, cometidos na vigência da Lei n. 11.464/2007, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da pena imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto, para que, então, seja escolhido o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.
2. No caso, o Tribunal estadual, ao fixar o regime inicial fechado, destacou "a natureza do entorpecente apreendido (cocaína), substância das mais nocivas ao organismo humano" (fl. 42).
3. A natureza altamente nociva do entorpecente apreendido justifica, concretamente, a adoção de regime prisional mais severo, a teor do art. 33, § 3º, do CP.
4. Ante a declaração de inconstitucionalidade, pela Corte Suprema, da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no art. 44 do mesmo diploma normativo, mostra-se possível, em princípio, proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, mesmo que perpetrado já na vigência da Lei n. 11.343/2006.
5. Para tanto, devem ser preenchidos, cumulativamente, os requisitos objetivos e subjetivos exigidos no art. 44 do Código Penal, não sendo possível negar a benesse com base na hediondez e na gravidade abstrata do crime de tráfico, consoante hodierno entendimento dos tribunais superiores.
6. Como a condenação do paciente transitou em julgado, cabe ao Juízo das Execuções avaliar a possibilidade de substituição da pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois as instâncias ordinárias não procederam, anteriormente, à análise dos elementos concretos constantes dos autos, à luz do preconizado no art. 44 do Código Penal.

7. Ordem parcialmente concedida, de ofício, para determinar ao Juízo das Execuções Criminais que verifique o eventual preenchimento, pelo paciente, dos requisitos objetivos e subjetivos necessários à concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, consoante o disposto no art. 44 do CP.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Admissibilidade

Preliminarmente, releva salientar que o Superior Tribunal de Justiça, na esteira do que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, não admite que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão criminal, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do(a) paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus.

Sob tais premissas, **constato**, na espécie em exame, **a ocorrência de manifesto constrangimento ilegal** passível de engendrar a concessão parcial da ordem de ofício.

II. Contextualização

O paciente, **primário**, foi condenado à pena de **1 ano e 8 meses de reclusão**, no regime inicial fechado, além de multa, como incurso no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006, porque "trazia consigo, para fim de tráfico de entorpecentes, **11 microtubos contendo cocaína, com peso total de 6,8 gramas**" (fl. 10). O Juiz sentenciante assim individualizou as reprimendas (fl. 20, destaquei):

Na fase do artigo 42 da Lei nº 11.343/06, **não observo razão que**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

justifique a majoração da pena base, fixada em cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa.

Entendo aplicável a regra do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 à hipótese dos autos, motivo pelo qual **reduzo a pena para um ano e oito meses de reclusão e cento e sessenta e seis dias-multa**, tornando-a definitiva ante a inexistência de qualquer fator que enseje sua alteração. **Dada a natureza do delito, equiparado a crime hediondo, considero que o único regime adequado ao início do cumprimento da pena é o fechado**, incabível qualquer benefício.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao julgar o recurso interposto pela apelação, reduziu a fração de diminuição da pena para 1/2, alterou o regime inicial de cumprimento da reprimenda para o fechado e negou a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sob a seguinte motivação (fls. 39-42, grifei):

[...]

4.- O regime inicial permanece o fechado, não havendo que se falar em regime mais brando ou em substituição por penas alternativas.

O crime de tráfico de entorpecente, por expresse comando constitucional, é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (art. 5º, XLIII). O texto constitucional não excepciona, razão pela qual não há como excluir-se o traficante enquadrável no § 4º, do art. 33.

O rigor com que a Carta Política tratou o traficante é incompatível com quaisquer benefícios, tanto que o regime inicial, em tal caso, é o fechado (art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, na redação que lhe deu o art. 1º, da Lei 11.464/07).

Apesar da recente Resolução nº 05, editada pelo Senado Federal, que suspendeu a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", prevista no parágrafo 4º, do Art. 33, da Lei nº 11.343/06, mantém-se o entendimento de que o único regime prisional compatível com o delito de tráfico, equiparado a hediondo, é o fechado.

O delito de tráfico foi reputado de especial gravidade pela Constituição da República. Nesta conformidade, não considero razoável substituir-se a sanção reclusiva por penas alternativas. Trata-se de crime que exige punição mais severa, razão pela qual não se mostra social e juridicamente recomendável a pretendida substituição, insuficiente à prevenção e reprovação do delito, à vista do disposto no art. 44, inc. III, do Código Penal.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Embora a pena aplicada permita a aplicação do regime aberto para início de cumprimento de pena, tal regime não se mostra adequado ao caso concreto, observados os critérios norteadores do art. 59, do Código Penal.

No caso concreto, **a natureza do entorpecente apreendido (cocaína)**, substância das mais nocivas ao organismo humano, dadas as consequências decorrentes de seu consumo prolongado e a sua reconhecida capacidade de causar dependência, a demonstrar a maior gravidade do crime praticado pelo réu, retratando sua intensa periculosidade e o seu desprezo tanto pela vida alheia como pela sociedade.

III. Regime prisional inicial

No julgamento do HC n. 111.840/ES, realizado em sessão extraordinária do dia 27/6/2012, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e outros a eles equiparados.

Dessa forma, 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 pena imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto (como a natureza e a quantidade de drogas apreendidas, por exemplo), para que, então, seja fixado o 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.

No caso, o Tribunal estadual, ao fixar o regime inicial fechado, destacou "a **natureza do entorpecente apreendido (cocaína)**, substância das mais nocivas ao organismo humano" (fl. 42).

A natureza altamente nociva do entorpecente apreendido justifica, concretamente, a adoção de regime prisional mais severo, a teor do art. 33, § 3º, do CP. É dizer, encontra-se suficientemente motivada a escolha do regime prisional mais gravoso à luz da fundamentação do *decisum*.

A propósito, confira-se: "Devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial fechado pelo Tribunal de origem, com base nas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias do caso concreto, considerando-se a quantidade de drogas apreendidas (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado" (HC n. 318.657/SP, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 25/6/2015).

Exemplificativamente:

[...]

1. Tendo sido concretamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado de cumprimento de pena à paciente (ora agravada), **com base nas peculiaridades do caso e na quantidade de drogas apreendidas, deve ser mantida a imposição do regime inicial fechado**, à luz do art. 33, § 3º, do Código Penal, com observância ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

[...]

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 299.337/SC, de **minha relatoria**, 6ª T., DJe 22/6/2015, grifei.)

[...]

03. No crime de tráfico de drogas, o fato de as circunstâncias judiciais serem favoráveis ao réu e de a pena privativa de liberdade aplicada ser inferior a 4 (quatro) anos não lhe assegura, por si só, o direito de cumpri-la em regime aberto. **Dependendo da natureza e/ou da quantidade da droga com ele apreendida, poderá ser imposto regime mais gravoso** (Lei n. 11.343/2006, art. 42; STJ, AgRg no AREsp 202.564/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 10/02/2015; AgRg no REsp 1.462.967/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 05/02/2015).

04. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, cassada a liminar anteriormente deferida, para estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena privativa de liberdade. (HC n. 310.123/SP, Rel. Ministro **Newton Trisotto** (Desembargador convocado do TJ/SC), 5ª T., DJe 9/6/2015, destaquei.)

IV. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos

Em 1º/9/2010, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 97.256/RS, de relatoria do Ministro Ayres Britto, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no art. 44 do mesmo diploma normativo, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena.

Ante a declaração de inconstitucionalidade das mencionadas expressões pela Suprema Corte, mostra-se possível, **em princípio**, proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, mesmo que perpetrado já na vigência da Lei n. 11.343/2006.

Vale mencionar, ainda, que o Senado Federal promulgou a Resolução n. 5 (15/2/2012), determinando a suspensão da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Assim, para a substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos, somente é necessário que estejam preenchidos, cumulativamente, os requisitos objetivos e subjetivos exigidos para a concessão dessa benesse, os quais se encontram previstos no art. 44 do Código Penal, *in verbis*:

- 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 culposos;
- II - o réu não for reincidente em crime doloso;
- III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

No caso em exame, a Corte local afastou a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, por considerar que o tráfico de drogas é "crime que exige punição mais severa, razão pela qual não se mostra social e juridicamente recomendável a pretendida substituição, insuficiente à prevenção e reprovação do delito" (fl. 40).

Assim, a instância antecedente **deixou de apontar elementos concretos dos autos** (como a natureza ou a quantidade de drogas apreendidas, por exemplo) que, à luz do art. 44 do Código Penal, efetivamente evidenciassem a insuficiência da substituição da pena privativa de liberdade do paciente por restritiva de direitos, para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como a condenação do paciente transitou em julgado, conforme consulta processual realizada na página eletrônica do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 23/6/2015, cabe ao Juízo da Execução verificar, mediante concreta motivação e com base nos requisitos do art. 44 do CP, a possibilidade de substituir a pena privativa de liberdade do réu por restritivas de direitos, uma vez que a apreciação direta por este Superior Tribunal acarretaria a indevida supressão de instância.

V. Dispositivo

À vista do exposto, **não conheço do habeas corpus**, por entender inadequado o uso do *writ* como substitutivo do meio impugnativo próprio. Contudo, ao examinar seu conteúdo, identifico parte do apontado constrangimento ilegal, o que me leva a **conceder parcialmente a ordem, de ofício**, para determinar ao Juízo das Execuções Criminais que **verifique o eventual preenchimento**, pelo paciente, dos requisitos objetivos e subjetivos necessários **à concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos**, consoante o disposto no art. 44 do CP.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0089616-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 321.686 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0005136372014312 00051363720148260050 2932014 5136372014312
51363720148260050 912014

EM MESA

JULGADO: 18/08/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : DEBORA REZENDE DANTAS MOTTA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALAN MELO DA ROCHA

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, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.