



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 288.365 - SP (2014/0029626-0)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RAFAEL PITANGA GUEDES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WAGNER EDUARDO DA CONCEIÇÃO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA FIXADA EM 2 (DOIS) ANOS E 5 (CINCO) MESES DE RECLUSÃO. APLICAÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06 NA FRAÇÃO MÁXIMA DE 2/3 (DOIS TERÇOS). INVIABILIDADE. DECISÃO FUNDAMENTADA. REGIME FECHADO. HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– O Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a modificação do Supremo Tribunal Federal no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, passou a restringir o cabimento do remédio heroico utilizado no lugar do recurso legalmente previsto, ressalvada a possibilidade da concessão da ordem de ofício nos casos em que restar configurado flagrante constrangimento ilegal.

- O Tribunal *a quo*, ao manter a aplicação da causa especial de diminuição de pena no patamar fixado pela sentença condenatória, observando o art. 42 da Lei de Drogas, fez menção expressa à natureza e quantidade de droga apreendida - 20 (vinte) trouxinhas de maconha -, mostrando-se tal motivação concreta e adequada para justificar a incidência da minorante no patamar de 1/2 (metade).

– Somente quando a dosimetria da pena mostrar-se teratológica é que deve ser modificada a reprimenda imposta pelo Juízo de primeiro grau, respeitando-se sua discricionariedade e valorizando a condição de que é ele que está mais próximo dos fatos e da realidade local. Ademais, para se modificar as conclusões das instâncias ordinárias relativas à dosimetria da pena, mostra-se necessário o reexame aprofundado do conjunto fático-probatório, providência incompatível com os estreitos limites do remédio heroico.

– O regime inicial fechado foi fixado em função da quantidade de droga apreendida - 20 porções de maconha - e pelo fato de o condenado não ter confessado a prática do crime, todavia, a referida motivação não se mostra suficiente para justificar a imposição do regime mais gravoso, seja porque a quantidade de droga apreendida não é exagerada, seja porque o acusado não é obrigado a confessar a prática do delito, mormente quando a Carta Magna lhe assegura o direito de permanecer em silêncio e o seu silêncio não pode ser usado em seu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desfavor.

– A norma legal que vedava a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados por crime de tráfico de entorpecentes (art. 44, Lei n. 11.343/2006) foi declarada inconstitucional pelo STF (HC 97.256/RS), e já teve sua execução suspensa pelo Senado Federal (Resolução n. 5 de 16.2.2012). Logo, não há nenhum óbice à concessão da benesse legal aos condenados pelo crime de tráfico de drogas desde que preenchidos os requisitos legais.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Juízo das Execuções, com base em elementos concretos dos autos, analise a possibilidade de eventual modificação do regime inicial de cumprimento de pena e examine, à luz do art. 44 do Código Penal, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

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, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Nefi Cordeiro.

Brasília (DF), 15 de outubro de 2015(Data do Julgamento)

MINISTRO ERICSON MARANHÃO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 288.365 - SP (2014/0029626-0)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : RAFAEL PITANGA GUEDES

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : WAGNER EDUARDO DA CONCEIÇÃO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, com pedido de liminar, impetrado em benefício de WAGNER EDUARDO DA CONCEIÇÃO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 (dois) anos e 5 (cinco) meses de reclusão, em regime fechado, como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

Inconformada, a defesa interpôs apelação no Tribunal de origem, requerendo a desclassificação do delito para o crime previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/06 ou, subsidiariamente, para o do art. 33, § 3º, da Lei n. 11.343/06, ou, ainda, para que fosse aplicada a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 em seu patamar máximo, bem como fixado o regime inicial aberto e substituída da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. O Tribunal negou provimento ao recurso, conforme em acórdão que ficou assim resumido (fl. 159):

Apelação. Tráfico de drogas. Pedido de desclassificação para a conduta prevista no artigo 28, "caput", ou para a do artigo 33, § 3º, ambos da Lei nº 11.343/06. Impossibilidade. Autoria e materialidade comprovadas. Conjunto probatório robusto, suficiente para sustentar a condenação por tráfico. Penas e regime prisional que não comportam alteração. Impossibilidade de substituir a pena privativa de liberdade por pena alternativa e multa. Recurso não provido.

No presente *writ*, a impetrante alega ser aplicável a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 em seu patamar máximo, afirmando estarem presentes todos os requisitos elencados pela referida lei. Por outro, aduz que o regime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mais severo de cumprimento da pena foi fixado com fundamento na gravidade abstrata do delito. Por fim, sustenta ser possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Pleiteia, em liminar e no mérito, a redução da pena em 2/3 (dois terços), imposição de regime menos gravoso para início do cumprimento da pena e substituição da pena.

Indeferida a liminar (fls. 175/176) e prestadas informações (fls. 189/251), o Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem, apenas para que seja fixado o regime diverso do fechado e possibilitada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (fls. 266/280).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 288.365 - SP (2014/0029626-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)(Relator):

O presente *habeas corpus* não merece conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio (HC n.109956, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe 11/9/2012). Contudo, nada impede que, de ofício, se constate a existência de manifesta ilegalidade que implique ofensa à liberdade de locomoção do paciente (HC n. 271.890/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 3/9/2014).

Passo, portanto, à verificação da ocorrência de eventual ilegalidade.

Conforme relatado, busca-se na presente impetração, a aplicação no patamar máximo de 2/3 (dois terços), do redutor previsto no art. 33, § 4º da Lei de Drogas, imposição de regime menos gravoso para início do cumprimento da pena e substituição da pena.

O Juiz sentenciante, no que interessa, consignou (fls. 85/95):

*Bem sopesados os elementos norteadores do artigo 59 do Código Penal, fixo a pena-base no mínimo legal, consistente em 5 (anos) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, tendo em vista a primariedade técnica do agente. A quantidade da droga somente será considerada na terceira fase, a fim de não acarretar bis in idem para o réu. Na segunda etapa, a menoridade resta prejudicado pois incabível a redução aquém do mínimo. A sistemática legal não viola a individualização da pena, efetivada mediante diversos critérios. A confissão informal, seguida de retratação, não revela arrependimento e não goza de valor jurídicos, nesta sede. Ausente confissão judicial, não há outras circunstâncias atenuantes ou agravantes. Na terceira etapa, contudo, em razão da primariedade e falta de provas de que integra organização criminosa, incide a segunda redução postulada. **À míngua de critérios seguros e explicitamente estabelecidos para a aplicação do art. 33, par. 4, da Lei 11343/06, o art. 42 do referido diploma legal deve orientar o patamar da redução. Restringir este preceito à fase do art. 59, do Código Penal, a par de despiciendo, criaria distinção injustificada em relação a outros delitos, na primeira etapa de dosimetria da pena, e não permitiria solução eficaz para a controvérsia acerca dos critérios de redução da terceira fase. Por conseguinte, é essencial na definição do benefício do par. 4, do art.***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

33, da lei. No caso em apreço, ante a quantidade da droga e falta de arrependimento do agente, não se exige a redução máxima pela primariedade, estando preservado o prudente convencimento do julgador. A propósito, a lei estabelece somente que as penas "poderão" ser reduzidas. Além disso, entende-se que por se tratar de causa de redução - que pode ir aquém do mínimo legal - e não de dosimetria da primeira fase, não se adota a pena menor em perspectiva (diminuição máxima) como regra. Muito pelo contrário, a legislação recente destinou-se ao agravamento da coibição, da repressão e da resposta penal para o tráfico de entorpecentes, sendo ilógica e dissociada do princípio da razoabilidade a exigência peremptória da diminuição máxima da pena, que a levaria a um patamar muito inferior ao da lei antiga. Segundo exegese sistemática e teleológica, o percentual de diminuição deve ser escolhido de acordo com o caso concreto e a especificidade do potencial lesivo da conduta, como possível número de usuários em perspectiva. De outro lado, a avaliação comedida dos fatos e das condições do agente, inclusive menoridade, não condiz com a diminuição mínima. Auspiciosa, então, a redução intermediária. Assim, considerando tais diretrizes, a reprimenda é reduzida pela metade, perfazendo 2 anos e 5 meses de reclusão, ausentes outras causas aumento ou de diminuição. A pena pecuniária, utilizados os mesmos critérios da privativa de liberdade, é fixada em 250 dias-multa. O art. 41, da lei, não tem aplicação neste caso, pois os policiais descobriram, anteriormente, em diligências, a posse da droga. O réu não os informou e não os levou, espontaneamente, a um local de guarda do objeto do crime ou à identificação de coautores. A gravidade do crime, mormente por causa da quantidade da droga e falta de confissão, impõe o regime inicial fechado, estando, ainda, legalmente vedada para aquele a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, prevista na Lei n. 9714/98. Auspiciosa, ademais, uma interpretação teleológica, com vistas à compreensão do sentido e do espírito da lei, que não pretendeu alcançar crimes de intensa nocividade social, como as condutas tipificadas no art. 33 da Lei 11.43/06, afastando-se, também, a exegese precipitada e literal, segundo a qual a vedação da substituição estaria adstrita aos delitos praticados "com violência ou grave ameaça". O entendimento pela inconstitucionalidade da vedação não impõe automaticamente a concessão. No caso concreto, jamais seria cabível, diante das circunstâncias graves da conduta. Ante o exposto, e considerando o mais que dos autos consta julgo PROCEDENTE a pretensão punitiva estatal e, em consequência, CONDENO o acusado WAGNER EDUARDO DA CONCEIÇÃO, qualificado nos autos, no cumprimento da pena de 2 anos 5 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e no pagamento de 250 dias-multa, no valor unitário mínimo, com atualização monetária, como incurso no artigo 33, caput, da Lei n.º 11.343/06.

O Tribunal a quo negou o recurso nestes termos (fls. 157/156):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A reprimenda foi aplicada de forma criteriosa e não comporta reparo. A meu ver, a redução das penas em decorrência da benesse prevista no § 4º do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, na fração de metade, bem justificada no decisum, se ajusta perfeitamente à realidade dos autos e à situação do réu, estando de pleno acordo com os comandos dos artigos 42 da Lei 11.343/06 e 59 do Código Penal e em perfeita consonância com o princípio da suficiência da resposta penal, haja vista a razoável quantidade de droga apreendida. Releva notar, ainda, que como o d. Magistrado não afrontou a lei, deve ser respeitado o critério do juiz natural do réu, que, a bem dizer, foi favorecido pelo erro no cálculo da pena corporal, cujo resultado correto, levando-se em conta os percentuais aplicados, não é 2 (dois) anos e 5 (cinco) meses de reclusão, mas 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Contudo, como o Ministério Público conformou-se com a decisão, nada se pode fazer quanto a isso, sob pena de se incorrer em vedado reformatio in pejus.

Para que não fique sem registro, convém salientar que a quantidade de maconha apreendida, e as circunstâncias de sua apreensão, indicam que a substituição da pena privativa de liberdade por penas alternativas não se mostra recomendável, sendo insuficiente para a repressão do delito. Por fim, em se tratando de crime equiparado a hediondo, o regime inicial fechado decorre de disposição legal expressa, e, na hipótese dos autos, é o que convém, efetivamente, para coibir a infração praticada pelo apelante. A propósito, o fato do MM. Juiz de primeiro grau haver reconhecido a benesse prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 não afasta o caráter hediondo da conduta imputada ao apelante. Nesse diapasão, tem decidido o Col. Superior Tribunal de Justiça:

(...)

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, mantendo a r. sentença monocrática.

Verifica-se que o Tribunal *a quo*, ao manter a aplicação da causa especial de diminuição de pena no patamar fixado pela sentença condenatória, observando o art. 42 da Lei de Drogas, fez menção expressa à natureza e quantidade de droga apreendida - 20 (vinte) trouxinhas de maconha -, mostrando-se tal motivação concreta e adequada para justificar a incidência da minorante no patamar de 1/2 (metade). Vale destacar que somente quando a dosimetria da pena mostrar-se teratológica é que deve ser modificada a reprimenda imposta pelo Juízo de primeiro grau, respeitando-se sua discricionariedade e valorizando a condição de que é ele que está mais próximo dos fatos e da realidade local. Ademais, para se modificar as conclusões das instâncias ordinárias relativas à dosimetria da pena, mostra-se necessário o reexame aprofundado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do conjunto fático-probatório, providência incompatível com os estreitos limites do remédio heroico.

Dessa forma, mostra-se concretamente fundamentado o *quantum* de diminuição referente à causa especial prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, não havendo que se falar em ilegalidade.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. NATUREZA E DIVERSIDADE DAS DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA NEGADA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. O estabelecimento da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em metade não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, diante da natureza e diversidade das drogas apreendidas - 13 pinos de cocaína e 3 porções de crack - a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006.

O quantum de redução aplicado fica indene ao crivo do habeas corpus, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

2. Devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial fechado e a negativa de substituição da pena pelo Tribunal de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, considerando-se a natureza e a variedade das drogas apreendidas (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

3. Habeas corpus não conhecido. (HC 326.583/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 1º/9/2015)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA REDUZIDA NO MÍNIMO LEGAL (§ 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006) COM BASE NA QUANTIDADE, DIVERSIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE. ALTERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO (STF, HC 111.840). SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio, ressaltando, porém, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

- O Tribunal a quo aplicou a causa de diminuição de pena (§ 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006) no patamar de 1/6 (um sexto), levando-se em conta a natureza, diversidade e quantidade de droga apreendida 4 invólucros de maconha, pesando 13,3g (treze vírgula três gramas), 26 de cocaína, pesando 21g (vinte e um gramas) e 35 de crack, pesando 9g.

- O acórdão está de acordo com o entendimento desta Corte de que o juiz, na aplicação da causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, deve levar em consideração a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006. Precedentes: AgRg no HC 247.019/ES, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5ª T., DJe 25.3.2013; HC 221.761/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T. DJe 14/06/2013).

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

- Fixado o regime inicial fechado com base no § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, posteriormente declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (HC 111.840/ES, julgado em 27/6/2012), cabe ao Juízo da Execução, tendo em vista o trânsito em julgado da condenação, reavaliar os elementos concretos dos autos, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, para verificar qual o regime inicial adequado para o paciente. Precedentes: AgRg no HC 257.178/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, 6ª Turma, DJe 23.9.2013; HC 226.064/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, DJe 24.4.2013.

- Mantida a pena privativa de liberdade acima de 4 (quatro) anos, não há falar em substituição por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para que o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de eventual modificação do regime inicial de cumprimento da pena. (HC 259.490/RJ, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA, DJe 18/06/2014)

No tocante ao regime inicial de cumprimento da pena e à substituição da pena privativa de liberdade, melhor sorte socorre ao paciente.

Colhe-se dos autos que o regime inicial fechado foi fixado em função da quantidade de droga apreendida - 20 porções de maconha - e pelo fato de o condenado não ter confessado a prática do crime.

Todavia, a referida motivação não se mostra suficiente para justificar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

imposição do regime mais gravoso, seja porque a quantidade de droga apreendida não é exagerada, seja porque o acusado não é obrigado a confessar a prática do delito, mormente quando a Carta Magna lhe assegura o direito de permanecer em silêncio e o seu silêncio não pode ser usado em seu desfavor.

Em relação à negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados por crime de tráfico de entorpecentes (art. 44, Lei n. 11.343/2006), o Supremo Tribunal Federal declarou a norma inconstitucional (HC 97.256/RS), e sua execução já foi suspensa pelo Senado Federal (Resolução n. 5 de 16/2/2012). Logo, não há nenhum óbice à concessão da benesse legal aos condenados pelo crime de tráfico de drogas desde que preenchidos os requisitos legais.

Dessa forma, constata-se que o paciente encontra-se submetido a flagrante constrangimento ilegal, o que autoriza a concessão de *habeas corpus*, de ofício, para que se verifique a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento da pena e a substituição da pena privativa de liberdade.

Considerando que já houve o trânsito em julgado da condenação, essa providência deve ser concretizada pelo Juiz das execuções, observados os parâmetros traçados no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

São precedentes nossos:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ORDINÁRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CONCESSÃO DA LIBERDADE. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. PLEITO PREJUDICADO. FIXADO REGIME INICIAL FECHADO E NEGADA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA COM BASE NA HEDIONDEZ, NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO E NA VEDAÇÃO LEGAL. ILEGALIDADE MANIFESTA. OCORRÊNCIA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

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 ordinário.

2. Com a ocorrência do trânsito em julgado da condenação, o pleito referente à possibilidade de concessão da liberdade restou superado, de modo que o writ encontra-se prejudicado, neste particular.

3. Esta Corte, na esteira do posicionamento do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

4. In casu, a imposição do regime inicial fechado e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos basearam-se, exclusivamente, na hediondez, na gravidade abstrata do delito e na vedação legal, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

5. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso sub judice, uma vez que o Tribunal a quo não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44 e incisos, do Código Penal.

6. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastados a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas e óbice do art. 44 da Lei n.º 11.343/06, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. (HC 281.907/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 04/08/2014)

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. CUMPRIMENTO DA PENA. REGIME INICIAL MAIS RIGOROSO. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. GRAVIDADE ABSTRATA. § 1º DO ART. 2º DA LEI N. 8.072/90. VEDAÇÃO. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. INDIVIDUALIZAÇÃO DO REGIME.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Em se tratando de réu primário e fixada a pena-base no mínimo legal, é vedada a fixação de regime inicial de cumprimento da pena mais rigoroso do que o pertinente à pena aplicada, a tanto não servido o inconstitucional § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90 ou a gravidade abstrata do delito.

3. A vedação genérica e apriorística de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nas condenações por crime hediondos ou equiparados, como é o caso do tráfico ilícito de entorpecentes, restou superada em face da declaração de inconstitucionalidade do art. 44 da Lei n. 11.343/2006.

4. Habeas corpus não conhecido, ordem concedida de ofício, para que o juízo das execuções proceda à fixação do regime inicial de cumprimento de pena com observância das regras do art. 33 do CP,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

bem como verifique, concretamente, o cabimento das penas alternativas. (HC 299.327/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 09/10/2014)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA FIXADA EM 1 (UM) ANO E 8 (OITO) MESES DE RECLUSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO (STF, HC 111.840). POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a modificação do Supremo Tribunal Federal no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio, passou a restringir o cabimento do remédio heróico utilizado no lugar do recurso legalmente previsto, ressalvada a possibilidade da concessão da ordem de ofício nos casos em que restar configurado flagrante constrangimento ilegal.

- **Fixado o regime inicial fechado com base no § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, posteriormente declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (HC 111.840/ES, julgado em 27/6/2012), cabe ao Juízo da Execução, tendo em vista o trânsito em julgado da condenação, reavaliar os elementos concretos dos autos, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, para verificar qual o regime inicial adequado para o paciente. Precedentes: AgRg no HC 257.178/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, 6ª Turma, DJe 23.9.2013; HC 226.064/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, DJe 24.4.2013.**

- **A norma legal que vedava a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados por crime de tráfico de entorpecentes (art. 33, § 4º, Lei n. 11.343/2006) foi declarada inconstitucional pelo STF (HC 97.256/RS), e já teve sua execução suspensa pelo Senado Federal (Resolução n. 5 de 16.2.2012).**

Logo, não há qualquer óbice a concessão da benesse legal aos condenados pelo crime de tráfico de drogas desde que preenchidos os requisitos legais.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Juízo das Execuções examine, à luz do art. 44 do Código Penal, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, bem como para que, afastado o óbice legal, fixe o regime mais adequado para o início do cumprimento da pena. (HC 219.283/MG, de minha relatoria, SEXTA TURMA, DJe 13/10/2014)

Diante do exposto, não conheço do presente *habeas corpus*. Contudo, concedo a ordem de ofício, para determinar que o Juízo das Execuções, com base em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

elementos concretos dos autos, analise a possibilidade de eventual modificação do regime inicial de cumprimento de pena, observados os parâmetros traçados no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006, bem como a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos à luz do art. 44 do Código Penal.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0029626-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 288.365 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00338564520128260224 11452012 338564520128260224

EM MESA

JULGADO: 15/10/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RAFAEL PITANGA GUEDES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WAGNER EDUARDO DA CONCEIÇÃO

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 Maria Thereza de Assis Moura e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Nefi Cordeiro.