



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 311.718 - SP (2014/0330976-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ANDRÉA PERENCIN DE ARRUDA RIBEIRO RIOS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DOUGLAS OLIVEIRA DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. CONSIDERÁVEL QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS A DENOTAR DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. MANIFESTA ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. A Corte de origem afastou a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 por entender que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, tendo em vista a quantidade e a variedade das drogas apreendidas - 305 invólucros plásticos contendo 155,8 g de cocaína, bem como 264 invólucros de plástico contendo 78,7 g de *crack* - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006). Escorrei o afastamento da benesse, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.

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

3. Devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial fechado, diante da considerável quantidade e da variedade de drogas a denotar dedicação às atividades criminosas, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

4. *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 da ordem, 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, 03 de março de 2015(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 311.718 - SP (2014/0330976-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ANDRÉA PERENCIN DE ARRUDA RIBEIRO RIOS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DOUGLAS OLIVEIRA DA SILVA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Cuida-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, impetrado em favor de DOUGLAS OLIVEIRA DA SILVA, pela DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, contra acórdão do Tribunal de Justiça daquela Unidade da Federação, Apelação n. 01027828120138260050.

Ressuma dos autos que o paciente foi condenado a cumprir, em regime inicial fechado, 2 anos e 6 meses de reclusão, e a pagar 250 dias-multa, no piso legal, pela prática do delito de tráfico ilícito de entorpecentes, sob a égide da Lei 11.343/06. Irresignado, apelou, por sua defensora pública, buscando a absolvição por insuficiência probatória. Subsidiariamente, requereu a substituição da carcerária por restritivas de direitos e a fixação de regime prisional inicial mais brando. Apelou também o Ministério Público, pretendendo a majoração da pena-base e o afastamento do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Eis, no que interessa, o teor do aresto adversado:

As reprimendas, contudo, comportam alteração.

A pena-base foi estabelecida no patamar mínimo, contra o que se volta o representante ministerial. Entendo, porém, que, embora a quantidade de drogas seja razoável (305 porções de cocaína e 264 de *crack*), não é suficiente para justificar o acréscimo. Sendo assim, a pena-base fica estabelecida no patamar mínimo.

Na segunda fase, não há mudanças a serem operadas.

Na terceira fase, as penas foram reduzidas em 1/2, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Aqui, a r. sentença de primeiro grau merece ser reformada. É que, no presente caso, conforme pleiteado pelo douto Promotor de Justiça, não é possível a aplicação do redutor, tendo em vista a **considerável quantidade de drogas apreendidas, a forma como vinham acondicionadas e sua variedade, circunstâncias que revelam a ligação mais íntima do acusado com o crime de tráfico de drogas, a demonstrar que se dedicava a atividades criminosas e que não se tratava, portanto, de mero traficante ocasional.**

Observo que há, quanto a esta redução, discricionariedade conferida pela lei ao Juiz, não se tratando de direito subjetivo dos réus.

E o Magistrado, na fixação da reprimenda, deve levar em consideração o disposto no artigo 42 do citado Diploma legal.

Assim, afastado o redutor, as penas definitivas resultam em 5 anos de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusão, em regime inicial fechado, e 500 dias-multa, no mínimo legal.

Pelas mesmas razões que impuseram o afastamento do redutor, deve ser mantido o regime prisional inicial fechado, observando-se que, diante dos artigos 33, § 3º, e 59, caput e inciso III, ambos do Código Penal, o Juiz pode estabelecer o regime inicial de cumprimento das sanções conforme o necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Diante do *quantum* da pena ora aplicada, impossível a substituição da carcerária por restritiva de direitos ou *sursis*.

Por tais motivos, meu voto nega provimento ao recurso defensivo e dá provimento parcial ao recurso ministerial para majorar a reprimenda de Douglas Oliveira da Silva para 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 dias-multa, no mínimo legal. (fls. 37-38) (grifou-se).

Comparece, então, perante este Sodalício, aduzindo que o julgamento proferido pela Colenda 10ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo foi contrário ao Direito, uma vez que não fez incidir no caso concreto a diminuição da pena com base no parágrafo quarto do artigo 33 da Lei n. 11.343/06 por fundamentos que não se sustentam.

Salienta que o fato de estar evidenciada, segundo a autoridade coatora, a participação do paciente na traficância somente tem por condão justificar a condenação, mas não impedir a redução da pena, prevista em lei; tal fundamento, além de constituir *bis in idem*, não respeita direito público subjetivo do paciente.

Pontua que, como a quantidade de droga não se prestou como circunstância judicial, não teria o condão de demonstrar que o paciente teria envolvimento com organização criminosa ou que se dedicasse a atividade delitiva, sendo reconhecidamente primário.

Consequentemente, com a aplicação do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, de rigor seria a modificação do regime inicial para o aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas.

Invoca os enunciados 718/719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal e o de número 440 da Súmula desta Corte.

Pede, liminarmente e no mérito, a aplicação do redutor do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, a alteração do regime inicial e a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida às fls. 47/49.

Foram prestadas informações às fls. 57/83 e 85/122.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral Maria das Mercês de C. Gordilho Aras, pelo conhecimento do *writ* ou pela denegação da ordem (fls. 126/140).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 311.718 - SP (2014/0330976-6)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. CONSIDERÁVEL QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS A DENOTAR DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. MANIFESTA ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. A Corte de origem afastou a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 por entender que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, tendo em vista a quantidade e a variedade das drogas apreendidas - 305 invólucros plásticos contendo 155,8 g de cocaína, bem como 264 invólucros de plástico contendo 78,7 g de *crack* - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006). Escorreito o afastamento da benesse, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.

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

3. Devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial fechado, diante da considerável quantidade e da variedade de drogas a denotar dedicação às atividades criminosas, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

4. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

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

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Da leitura dos autos, verifica-se que a causa de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 foi afastada pela Corte de origem por entender que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, tendo em vista a quantidade e a variedade das drogas apreendidas - 305 invólucros plásticos contendo 155,8 g de cocaína, bem como 264 invólucros de plástico contendo 78,7 g de *crack* (fl. 14).

Com efeito, o art. 42 da Lei Antidrogas determina que "o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

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

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

WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

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

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

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

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cumprimento de pena, à luz do art.

33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

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

(...)

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

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

(...)

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

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

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

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Ministra Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

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

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

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

Habeas Corpus não conhecido.

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

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

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

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

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

4. Reconhecida a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da reprimenda imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

demais peculiaridades do caso concreto (como, por exemplo, a quantidade e a natureza de drogas apreendidas), para que, então, seja escolhido 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.

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

avaliado pelo magistrado de primeiro grau. Como bem destaca o Ministério Público Federal, em seu parecer, há precedente desta Corte, em caso análogo, também oriundo do TRF da 3ª Região, da relatoria do Min. Gilmar Mendes, em que restabelecida a sentença de primeiro grau quanto à aplicação da minorante em comento, afastada a possibilidade de sua exclusão com base apenas em conjecturas (...).

(...)

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

Destaque-se que o caso apreciado pelo Supremo Tribunal Federal - tráfico internacional de 675 g de cocaína - cuidava de situação diversa da examinada no presente *writ*. Ora, consoante narra a exordial acusatória, a empreitada criminosa em testilha envolveu 305 invólucros plásticos contendo 155,8 g de cocaína, bem como 264 invólucros de plástico contendo 78,7 g de *crack* (fl. 14).

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

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

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

No mais, mister esclarecer que tanto a estipulação do regime inicial fechado – contida no § 1º do artigo 2º da Lei n.º 8.072, que fora alterado pela Lei n.º 11.464/07 – quanto a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos – prevista no artigo 44, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 – foram superadas pelo Pretório Excelso em decisões recentes. A esse respeito, confira-se o teor do Informativo n.º 569 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

A Turma, superando a restrição fundada no Enunciado 691 da Súmula do STF, concedeu *habeas corpus* a condenado pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33) para determinar que tribunal de justiça substitua a pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos ou, havendo reversão, que o início do cumprimento da pena privativa de liberdade se dê no regime aberto. Assentou-se que a quantidade de pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

imposta – 3 anos –, não constando circunstâncias desfavoráveis ao paciente, que não registra antecedentes, permitiria não só que a pena tivesse início no regime aberto (CP, art. 33, § 2º, c), mas, também, a substituição por pena restritiva de direitos (CP, art. 44, § 2º, segunda parte). HC 101291/SP, Rel. Min. Eros Grau, 24.11.2009. (HC-101291)

O citado *writ* possui esta ementa:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO MAIS GRAVE DO QUE O PREVISTO EM LEI. DIREITO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EXCEÇÃO À SÚMULA 691.

Tráfico de entorpecentes. Fixação da pena. Circunstâncias judiciais favoráveis. Pena fixada em quantidade que permite a substituição da privação de liberdade por restrição de direitos ou o início do cumprimento da pena no regime aberto. Imposição, não obstante, de regime fechado. Constrangimento ilegal a ensejar exceção à Súmula 691/STF. Ordem concedida. (HC n.º 101.291/SP; Relator(a): Ministro Eros Grau; Julgamento: 24/11/2009; Segunda Turma; DJe-027 - 12-02-2010)

Dessarte, a Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o *quantum* de pena aplicado, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal (HC n.º 118.776/MG, da relatoria do Ministro Nilson Naves, julgado em 18.3.2010), bem como a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 1º de setembro de 2010, se pronunciou sobre a matéria, no HC n.º 97.256, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, prevalecendo, por 6 votos a 4, o entendimento aqui expendido, no sentido de ser inconstitucional o dispositivo da Lei n.º 11.343/2006 que veda a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Convém sublinhar, ainda, que o Senado Federal, no exercício da atribuição que lhe foi conferida pelo art. 52, inciso X, da Magna Carta, editou, em 15.2.2012, a Resolução n.º 05/2012, suspendendo a execução de excerto da Lei n.º 11.343/06 referente à expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" - contida no § 4º, do art. 33, declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos supra mencionado HC n.º 97.256. Confira-se:

O Senado Federal resolve:

Art. 1º É suspensa a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus n.º 97.256/RS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Registre-se, por oportuno, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, em sessão extraordinária realizada no dia 27.6.2012, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07. Confira-se:

"Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei n.º 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei n.º 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, com a redação dada pela Lei n.º 11.464/07, o qual determina que *"a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado"*. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito **ex nunc**, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado." (HC n.º 111.840/ES; Relator(a): Ministro Dias Toffoli; Julgamento: 27/06/2012; Tribunal Pleno)

Assim, restaram superadas pela Suprema Corte a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes.

Constata-se, entretanto, que não se afigura possível a substituição da pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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*. Nesse diapasão:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TURMA, julgado em 16/10/2014, DJe 03/11/2014)

No que tange ao regime inicial de cumprimento de pena, verifica-se que o regime fechado foi devidamente fundamentado, de modo que não há falar em constrangimento ilegal.

Com efeito, o Tribunal *a quo*, ao manifestar-se sobre o tema, manteve o regime inicial fechado, com base nas circunstâncias do caso concreto, destacando a quantidade e a variedade de drogas a denotar dedicação às atividades criminosas.

Dessarte, entendeu a Corte de origem que as circunstâncias do caso concreto recomendam a imposição do regime mais gravoso.

Devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial fechado, com base nas circunstâncias do caso concreto, não há ilegalidade a ser sanada. Nesse diapasão:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIAL FECHADO DETERMINADO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. MANUTENÇÃO JUSTIFICADA. (...) RECURSO IMPROVIDO.

1. Na hipótese, as instâncias ordinárias concluíram de forma fundamentada quanto à necessidade de imposição de regime prisional mais severo, diante da gravidade concreta do delito cometido, reveladoras da maior periculosidade do agente.

(...)

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 293.771/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 16/10/2014, DJe 28/10/2014)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. INDEFERIDO LIMINARMENTE. TRÁFICO DE DROGAS. CUSTÓDIA CAUTELAR. DECRETO FUNDAMENTADO DE FORMA SUFICIENTE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. REGIME FECHADO. MANUTENÇÃO. ELEMENTOS CONCRETOS. AGRAVO DESPROVIDO.

- A restrição de hipóteses de conhecimento dos habeas corpus substitutivos de recurso próprio encontra-se amparada no entendimento jurisprudencial tanto desta Corte quanto do Supremo Tribunal Federal.

- Ausente de flagrante ilegalidade a sanar no caso concreto, pois, ao que se verifica a decisão que decretou a custódia cautelar da paciente foi devidamente fundamentada, tendo as instâncias ordinárias apontado a sua necessidade para garantia da ordem pública, considerando a periculosidade da paciente diante da circunstância em que cometido o crime de tráfico - transporte de quantia considerável de drogas: 57 (cinquenta e sete) sacos de cocaína, que somavam 51g (cinquenta e um) gramas, além de grande quantidade de armas, munições e equipamentos.

- A despeito da fixação da pena-base no mínimo legal e reconhecimento da causa de diminuição da pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, existem elementos concretos aptos a fundamentar a imposição do regime fechado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 264.523/RJ, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA,
julgado em 27/08/2013, DJe 13/09/2013)

Assim, tem-se que a impetração substitutiva não comporta a extraordinária cognição.

Ante o exposto, **não conheço** da impetração.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0330976-6

HC 311.718 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01027828120138260050 1027828120138260050 18762013 20140000537668

EM MESA

JULGADO: 03/03/2015

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. MOACIR MENDES SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: ANDRÉA PERENCIN DE ARRUDA RIBEIRO RIOS
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: DOUGLAS OLIVEIRA DA SILVA

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 da ordem, 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.