



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 261.282 - RJ (2012/0262521-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : BRAZ FERNANDO SANTANA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : JEFERSON ARILSON DA SILVA PASSOS (PRESO)
PACIENTE : ALESSANDRA MEDEIROS ALVES (PRESO)

EMENTA

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. PLEITOS REFERENTES À SEGUNDA PACIENTE. MATÉRIAS JÁ DECIDIDAS POR ESTA CORTE. INADMISSÍVEL REITERAÇÃO. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 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. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. ILEGALIDADE MANIFESTA. OCORRÊNCIA. 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. 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.
2. As matérias referentes à segunda paciente, ALESSANDRA MEDEIROS ALVES, já foram decididas por esta Corte, razão pela qual os pleitos aduzidos na presente impetração configuram inadmissível reiteração de pedidos, sendo, portanto, inviável sua cognição.
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*.
4. Esta Corte, na esteira do posicionamento do 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

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. *In casu*, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

6. O Tribunal de origem sequer analisou a possibilidade de abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena, o que impediria a análise da matéria por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância. Verifica-se, entretanto, manifesta ilegalidade a ensejar a concessão da ordem, de ofício, porquanto o regime inicial fechado foi fixado pelo Juízo de primeiro grau com base, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

7. 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 pelos arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

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

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 pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício em relação ao paciente Jeferson Arilson da Silva Passos, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 20 de março de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 261.282 - RJ (2012/0262521-0)

RELATORA :MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE :DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO :BRAZ FERNANDO SANTANA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO :TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE :JEFERSON ARILSON DA SILVA PASSOS (PRESO)
PACIENTE :ALESSANDRA MEDEIROS ALVES (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por Defensor Público em favor de JEFERSON ARILSON DA SILVA PASSOS e ALESSANDRA MEDEIROS ALVES, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação n.º 0000540-91.2010.8.19.0002).

Depreende-se dos autos que os pacientes foram condenados à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, por infração ao art. 33 da Lei n.º 11.343/06. Confirmam-se os termos do *decisum*, no que interessa:

(...)

Registro não ter feito a incidência, em benefício de qualquer dos Réus, no último estágio do procedimento trifásico, da causa de diminuição aludida pelo § 4º do art. 33 da Lei nº 11343/06, por considerar tal minorante um autêntico *favor legis*, destinado, em tom de exclusividade, ao traficante eventual e sem qualquer expressão de periculosidade, situação em que nada se identifica com a pessoa dos Réus, os quais, possuindo expressiva quantidade de substância entorpecente, em antro da traficância vinculado ao Comando Vermelho, expõem evidências concretas no sentido de integrarem organização criminosa espúria, dedicando-se, profissionalmente, ao tráfico de drogas, circunstância que evidencia seu enraizamento irresgatável ao submundo do crime (...). Confira:

(...)

Deixo de proceder à aplicação da regra do art. 44 do CP, não só em razão do *quantum* da pena, mas sobretudo por força do disposto no § 4º do art. 33, c/c art. 44, ambos da Lei nº 11343/06 (...).

Com base no § 1º do art. 2º da Lei nº 8072/90, de acordo com a nova redação dada pela Lei nº 114 64/07, esta de incidência imediata e eficácia instantânea (CF, art. 5º, inciso XL), estabeleço-lhe o regime prisional inicial fechado (fls. 37/41).

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de origem negou provimento, em acórdão assim fundamentado:

(...)

No que diz respeito aos pleitos subsidiários de redução pela aplicação do que dispõe o parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11343/2006 e substituição da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, também não merecem agasalho. Em que pese ser a ré primária e possuir bons antecedentes, tais benefícios não lhe devem ser aplicados.

A quantidade, a diversidade e a forma de acondicionamento das substâncias entorpecentes apreendidas - 15 g (quinze gramas) de cloridrato de cocaína distribuídos em quarenta pequenos invólucros plásticos, e 1,5 g (um grama e cinco decigramas) de "crack" distribuídas em catorze invólucros plásticos denominados "sacolés" -, bem como as circunstâncias e o local em que foi efetuada a prisão em flagrante - em localidade conhecida como ponto de venda de drogas na cidade de Niterói, demonstram que os apelantes dedicavam-se à atividade criminosa de venda de substâncias entorpecentes.

No que tange à pretendida substituição, as circunstâncias do delito não indicam que seja suficiente para atender aos fins da pena, uma vez que esbarra nos requisitos previstos no art. 44, III do Código Penal.

(...) (fls. 65/66).

Daí o presente *mandamus*, no qual o impetrante alega que os pacientes são primários, possuem bons antecedentes, tendo sido absolvidos da imputação pelo crime de associação para o tráfico.

Assevera que não restou comprovado que os pacientes participem ou se dediquem à organização criminosa.

Aduz que deve ser aplicada aos pacientes a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei 11.343/06, em seu patamar máximo, qual seja 2/3 (dois terços).

Sublinha que, diante da Resolução n.º 5 do Senado Federal, é cabível a substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

Invoca o princípio da individualização da pena.

Sustenta que os pacientes fazem jus ao regime mais brando.

Requer, liminarmente e no mérito, seja aplicada a causa especial de diminuição de pena (art. 33, § 4.º, da Lei 11.343/06), bem como modificado o regime inicial de cumprimento da pena para o aberto, ou, se mantida a pena, para o semiaberto, e substituída a pena corporal por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida às fls. 75/79.

Foram prestadas informações às fls. 87/88, 90 e 92/130.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Edilson Alves de França, pela denegação da ordem (fls. 133/135).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 261.282 - RJ (2012/0262521-0)

EMENTA

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. PLEITOS REFERENTES À SEGUNDA PACIENTE. MATÉRIAS JÁ DECIDIDAS POR ESTA CORTE. INADMISSÍVEL REITERAÇÃO. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 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. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. ILEGALIDADE MANIFESTA. OCORRÊNCIA. 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. 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.
2. As matérias referentes à segunda paciente, ALESSANDRA MEDEIROS ALVES, já foram decididas por esta Corte, razão pela qual os pleitos aduzidos na presente impetração configuram inadmissível reiteração de pedidos, sendo, portanto, inviável sua cognição.
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*.
4. Esta Corte, na esteira do posicionamento do 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.
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. *In casu*, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos de reclusão, não é possível a pretendida substituição.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. O Tribunal de origem sequer analisou a possibilidade de abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena, o que impediria a análise da matéria por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância. Verifica-se, entretanto, manifesta ilegalidade a ensejar a concessão da ordem, de ofício, porquanto o regime inicial fechado foi fixado pelo Juízo de primeiro grau com base, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

7. 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 pelos arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

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

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Preliminarmente, cumpre registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las.

(HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do Resp ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ab initio, cumpre salientar que estes autos foram distribuídos à minha relatoria por prevenção ao HC n.º 243.460/RJ, impetrado em favor da paciente ALESSANDRA, apontando como ato coator, tal como no presente *writ*, acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nos autos da Apelação Criminal n.º 0000540-91.2010.8.19.0002. A ordem foi concedida, de ofício, em acórdão assim sumariado:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APELAÇÃO JULGADA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE A PACIENTE SE DEDICAVA ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS E INTEGRAVA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. ILEGALIDADE MANIFESTA. OCORRÊNCIA. 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. 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. Concluído pelas instâncias ordinárias, com arrimo nos fatos da causa, que a 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*.

3. Esta Corte, na esteira do posicionamento do 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. 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.

5. O Tribunal de origem sequer analisou a possibilidade de abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena, o que impediria a análise da matéria por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância. Verifica-se, entretanto, manifesta ilegalidade a ensejar a concessão da ordem, de ofício, porquanto o regime inicial fechado foi fixado pelo Juízo de primeiro grau com base, exclusivamente, na hediondez



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

6. 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 pelos arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

7. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena.

Observa-se, dessarte, que as matérias referentes à segunda paciente, ALESSANDRA MEDEIROS ALVES, já foram decididas por esta Corte, nos autos do referido *mandamus*, razão pela qual os pleitos aduzidos na presente impetração configuram inadmissível reiteração de pedidos, sendo, portanto, inviável sua cognição. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. REITERAÇÃO DE PEDIDO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Revela-se manifestamente incabível o habeas corpus que veicula pedido idêntico ao formulado em pleito anterior, que tramita nesta Corte.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC 182.216/MS, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 05/10/2010, DJe 03/11/2010)

Passo, pois, à análise do *writ* com relação ao paciente JEFERSON.

Quanto à possibilidade de aplicação da causa especial de redução de pena, 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.

In casu, verifica-se que o Juízo de primeiro grau negou a incidência da benesse à espécie em razão da existência de evidências concretas de que o paciente integrava a organização criminosa denominada Comando Vermelho, dedicando-se profissionalmente à narcotraficância.

O Tribunal de origem, por sua vez, manteve a negativa de incidência da causa especial de redução de pena à espécie, consignando o que se segue:

(...) a quantidade, a diversidade e a forma de acondicionamento das substâncias entorpecentes apreendidas - 15 g (quinze gramas) de cloridrato de cocaína distribuídos em quarenta pequenos invólucros plásticos, e 1,5 g (um grama e cinco decigramas) de "crack" distribuídas em catorze invólucros plásticos denominados "sacolés" -, bem como as circunstâncias e o local em que foi efetuada a prisão em flagrante - em localidade conhecida como ponto de venda de drogas na cidade de Niterói,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

demonstram que os apelantes dedicavam-se à atividade criminosa de venda de substâncias entorpecentes (fls. 65/66).

Dessarte, com arrimo nos fatos da causa, as instâncias ordinárias concluíram que o paciente se dedicava às atividades criminosas e integrava organização criminosa, o que não pode ser revisto sem o necessário revolvimento fático-probatório, inviável nesta sede, angusta por excelência.

Nesse sentido:

DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADES CRIMINOSAS. NEGATIVA DE MITIGAÇÃO JUSTIFICADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. ORDEM DENEGADA.

1. Embora a paciente seja primária e de bons antecedentes, as instâncias ordinárias negaram-lhe a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 em razão da natureza e a quantidade do entorpecente apreendido, circunstâncias que indicariam a sua ligação com atividades criminosas.

2. Para se concluir que a paciente não se dedicava à atividades ilícitas seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório colacionado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional.

3. Ordem denegada. (HC 203.494/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 21/09/2011)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. POSSE DE 50 GRAMAS DE MACONHA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. RECONHECIMENTO DA DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ORDEM DENEGADA.

1. A aplicação da causa de diminuição da pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 foi rejeitada de forma fundamentada, tendo sido reconhecido, pelas instâncias ordinárias, que a paciente se dedica, de forma reiterada, ao comércio ilícito de drogas, não preenchendo, portanto, um dos requisitos legais à concessão do benefício, por se dedicar a atividades criminosas.

2. De mais a mais, é inviável a aplicação da causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, quando o agente foi condenado pelo crime do art. 35 da referida lei - associação estável ou de caráter permanente -, o que demonstra sua dedicação a atividades criminosas, no caso, relacionadas ao cometimento do crime de tráfico de drogas.

3. A conclusão a que chegaram as instâncias ordinárias está fundada no conjunto probatório colhido ao longo da instrução criminal, sendo que seria necessário o revolvimento aprofundado das provas constantes dos autos para se desconstituir o que ficou lá decidido, procedimento que, sabidamente, é vedado na estreita via do *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 197.815/SP, Sexta Turma, Relator Desembargador convocado Haroldo Rodrigues, DJ e de 28.6.2011)

Do Supremo Tribunal Federal, colho o seguinte julgado:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PACIENTE QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. RECONHECIMENTO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. DECISÃO MANTIDA PELO STJ. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. APLICAÇÃO. INVIABILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

I – Para a concessão do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, é necessário que o réu seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

II – Neste caso, o juízo de primeiro grau deixou de aplicar a referida minorante por reconhecer o envolvimento do paciente com a marginalidade.

III – A discussão sobre a existência ou não de vínculo do paciente com atividades criminosas, exige o exame aprofundado de fatos e provas, o que, em sede de *habeas corpus*, não se mostra possível, por tratar-se de instrumento destinado à proteção de direito demonstrável de plano, que não admite dilação probatória. Precedentes.

(RHC 103.556/SP, Relator para acórdão Ministro Ricardo Lewandowski, DJ e de 25.5.2011)

No mais, cumpre salientar que tanto a estipulação do regime inicial fechado - contida no § 1º do art. 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 art. 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 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:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

Diante disso, 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 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 nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS.

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:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"*Habeas corpus*. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 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 nº 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 nº 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 nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 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 nº 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 concessão da 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:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

No caso em tela, a reprimenda final do paciente restou fixada em 5 (cinco) 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:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REDUÇÃO DA PENA-BASE. REPRIMENDA JÁ FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. IMPOSIÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. ORDEM CONHECIDA EM PARTE E DENEGADA.

1. Se a pena-base imposta ao paciente já foi fixada no mínimo legal, qual seja, 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, falta interesse de agir à impetrante no tocante ao pedido de redução da pena-base ao piso previsto em lei.

2. Não há que se falar em substituição da pena, pois, nos termos do inciso I do artigo 44 do Código Penal, somente faz jus a esse benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos de reclusão, o que não se verificou no presente caso.

3. Em que pese que a Sexta Turma desta Corte de Justiça venha se posicionando no sentido de que é possível a fixação de regime menos gravoso que o fechado para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade àqueles condenados pela prática de tráfico de drogas, devendo-se levar em consideração, para tanto, as diretrizes previstas nos arts. 33 e 59, do Código Penal, não tendo lugar a aplicação literal do dispositivo inserido na lei de Crimes Hediondos, constata-se, no presente caso, que a adoção do regime fechado está devidamente justificada diante da variedade e quantidade de droga apreendida - 9 buchas de maconha, 57 pedras de crack e 50 gramas de cocaína -, inexistindo, assim, o alegado constrangimento ilegal.

4. *Habeas corpus* conhecido em parte e, nessa extensão, denegado.

(HC 186.978/ES, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 11/04/2011)

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENAS SUPERIORES A QUATRO ANOS. IMPOSIÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. RÉUS PRIMÁRIOS E SEM MAUS ANTECEDENTES. IMPROPRIEDADE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2º, ALÍNEA B, E § 3º DO CÓDIGO PENAL.

1. Com a declaração da inconstitucionalidade do art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.072/90, inexistente, agora, qualquer empecilho legal quanto à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, desde que acusado atenda os requisitos legais.

2. No presente caso, a soma das penas privativas de liberdade aplicadas aos Pacientes foi superior a quatro anos, impossibilitando-se, assim, a substituição por penas restritivas de direitos, em consonância com o preceito contido no inciso I, do art. 44, do Código Penal.

3. Não é cabível infligir regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2º e 3º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal.

4. Os elementos delineadores do crime de tráfico de entorpecentes, não podem servir de fundamento na fixação do regime inicial de cumprimento da pena, vez que já considerados na escala da pena prevista em lei.

5. Incidência das Súmulas n.º 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

6. Ordem parcialmente concedida tão-somente para fixar o regime semi-aberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta à Paciente Andréia de Paula Melo.

(HC 53.397/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2006, DJ 12/02/2007, p. 279)

No que tange ao regime inicial de cumprimento de pena, observa-se que o Tribunal de origem sequer analisou a possibilidade de seu abrandamento, o que, em princípio, impediria a análise da matéria por este Sodalício, sob pena de indevida supressão de instância.

Verifica-se, entretanto, manifesta ilegalidade a ensejar a concessão da ordem, de ofício, porquanto o regime inicial fechado foi fixado pelo Juízo de primeiro grau com base, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

Com efeito, consoante esposado alhures, a obrigatoriedade do regime inicial fechado prevista na Lei de Crimes Hediondos foi superada pela Suprema Corte, de modo que não configura fundamentação idônea a justificar a fixação do regime mais gravoso para os condenados pela prática dos delitos previstos na Lei Antitóxicos, haja vista que, para estabelecer o regime prisional, deve o Magistrado avaliar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo art. 33 e parágrafos do Código Penal, o que não ocorreu na espécie.

Em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, realizada em 17.3.2014, verificou-se que a condenação do paciente transitou em julgado. Assim, 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 pelos arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Ante do exposto, **não conheço do writ. Concedo a ordem, de ofício,**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

somente em relação ao paciente JEFERSON ARILSON DA SILVA PASSOS, para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0262521-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 261.282 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 540912010 5409120108190002 54091201081900032

EM MESA

JULGADO: 20/03/2014

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 DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO	: BRAZ FERNANDO SANTANA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	: JEFERSON ARILSON DA SILVA PASSOS (PRESO)
PACIENTE	: ALESSANDRA MEDEIROS ALVES (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 pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício em relação ao paciente Jeferson Arilson da Silva Passos, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.