



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 415.559 - SP (2017/0230147-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DANIELA DELGADO DOS PASSOS
ADVOGADO : DANIELA DELGADO DOS PASSOS - SP364687
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FELIPE FELIX DE OLIVEIRA ROSA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICAVA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL SEMIABERTO. ADEQUAÇÃO. RELATORA VENCIDA, NO PONTO. *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDO A FIM DE FIXAR O REGIME INICIAL SEMIABERTO, VENCIDA A RELATORA, NO PONTO.

1. Concluído pela Corte de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.

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. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos e 10 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

3. O Tribunal *a quo* fixou o regime inicial fechado com base, tão somente, no fato de tratar-se de crime equiparado a hediondo, bem como em razão da gravidade abstrata do delito de tráfico, razão pela qual a Turma entendeu ser imperiosa a fixação do regime inicial semiaberto, concedendo parcialmente a ordem. Vencida esta Relatora, que se posicionou pela manutenção do regime inicial fechado em razão a significativa quantidade de uma das drogas apreendidas – 160 g de cocaína –, o que, inclusive, ensejou a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

4. *Habeas corpus* parcialmente concedido a fim de fixar o regime inicial semiaberto (vencida esta Relatora, no ponto).

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 maioria, concedeu em parte o habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior. Lavrará o acórdão a Sra. Ministra Relatora, que restou vencida, em parte, apenas quanto ao regime. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora quanto à concessão parcial da ordem.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro.

Brasília, 06 de fevereiro de 2018(Data do julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 415.559 - SP (2017/0230147-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DANIELA DELGADO DOS PASSOS
ADVOGADO : DANIELA DELGADO DOS PASSOS - SP364687
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FELIPE FELIX DE OLIVEIRA ROSA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de FELIPE FELIX DE OLIVEIRA ROSA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n.º 0000939-05.2014.8.26.0223).

Narra a petição inicial que o paciente foi condenado, pelo Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Guarujá/SP, ao cumprimento de 1 ano e 8 meses de reclusão, inicialmente no regime fechado, e ao pagamento de 166 dias-multa, no piso salarial, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, ocasião em que, "pela primariedade e ausência de maus antecedentes", fez jus à redução máxima do § 4º do art. 33 da mencionada norma (fl. 24). Na mesma oportunidade, deferiu-se ao sentenciado pudesse apelar em liberdade, bem como a conversão da pena corporal em duas penas restritivas de direitos (fls. 17/25).

Inconformado com a sentença condenatória, o Ministério Público interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de origem deu provimento, nos seguintes termos:

Tal como argumentado pelo representante do *Parquet*, inviável a fixação da pena base no seu mínimo legal. A mesma deve ser ajustada, com a exasperação em 1/6 (um sexto), em razão da quantidade e natureza das drogas apreendidas.

Reza o art. 42 da Lei n. 11.343/06: "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."

Nesse sentido, o seguinte julgado:

"A natureza e a quantidade da droga foram erigidas à condição de circunstâncias autônomas e preponderantes pelo art. 42 da Lei n. 11.343/06." (TRF, 4ª R.. Ap. Crim. 2007.70.02.010117-7/PR, 8ª T., rel. Des. Élcio Pinheiro de Castro, j. 1º-10-2008)

Também deve ser afastada a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, porém não pela sua inconstitucionalidade.

Ao contrário do que sustenta o Ministério Público, não se vislumbra violação ao princípio da proporcionalidade, inserto em nossa Constituição Federal, que estabelece que deva haver um justo equilíbrio entre o fato ilícito praticado e a pena cominada.

Ressalte-se que o legislador prevê referida diminuição da pena aos agentes condenados pelos crimes previstos no art. 33, *caput*, e § 1º, da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

n. 11.343/06 - desde que sejam primários, possuam bons antecedentes, não se dediquem à atividade criminosa e nem integrem organização criminosa - e estabelece, também, que a reprimenda privativa de liberdade imposta a eles não será convertida em penas restritivas de direitos. Observe-se, ainda, que para tais crimes, determina-se que o regime inicial de cumprimento da pena será o fechado.

Assim, não há se falar em violação do princípio da proporcionalidade.

Todavia, no caso *sub judice*, não incide a redução da pena disposta no § 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06, **tendo em vista a comprovação de prática ilícita habitual por parte do réu.**

O redutor não pode incidir como regra, bastando seja o agente primário e de bons antecedentes, mas sim excepcionalmente ao traficante eventual, como por exemplo: Viciado que fornece parte da sua droga para outro usuário, porque cm falta o entorpecente nos pontos de venda ilícita.

E essa não é a situação dos autos, **porquanto o réu estava na posse de razoável quantidade de substância entorpecente e quantia em dinheiro e admitiu informalmente aos policiais a dedicação ao comércio ilícito de entorpecentes, ficando demonstrada, assim, a habitualidade na prática delitiva.**

Assim, fixa-se, agora, a pena base acima do mínimo legal, em 1/6 (um sexto), e se afasta a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, resultando definitiva a condenação do réu à pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no mínimo legal.

Ainda, tal como argumentado pelo Ministério Público, deve ser afastada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. O crime de tráfico de drogas é nefasto, causador de grande desassossego social, pelo que é preciso maior reprovabilidade àqueles que enveredam para a prática de tal conduta ilícita, de modo que prevaleça o parâmetro da suficiência e proporcionalidade na fixação da pena, mostrando-se de todo inviável qualquer benefício, sob pena de indisfarçável impunidade, na contramão do anseio social voltado para a melhoria da segurança pública.

Sabe-se que o tráfico de drogas é uma espécie de mola propulsora à prática de outros crimes graves, principalmente roubos. E, é justamente atento a isso, que se impõe tratamento com maior rigor ao traficante, delinquente que, por conclusão lógica, não tem mérito para benesses legais.

O regime inicial fechado para o cumprimento da pena é o adequado, porquanto a gravidade do crime assim o recomenda, sendo comparado a crime hediondo, o que enseja a aplicação, inicialmente, de um regime mais severo, mostrando à sociedade a eficaz repressão a esse tipo de delito.

Não é só. Quem envereda para a prática desse tipo de criminalidade, indisfarçavelmente tem personalidade deturpada, causadora de risco à ordem pública.

(...)

Ante o exposto, por meu voto, CONHEÇO, NEGÓ PROVIMENTO ao recuso do réu e DOU PROVIMENTO ao apelo ministerial, a fim de seja aumentada a pena base e afastado o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, e a substituição da pena corporal, ficando o réu condenado definitivamente, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, à pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mínimo legal, mantendo-se, no mais, a r. sentença por seus próprios fundamentos. Expeça-se mandado de prisão em desfavor do réu (fls. 84/88).

Daí o presente *writ*, por meio do qual o impetrante sustenta que o paciente entregou-se voluntariamente e já vem cumprindo a pena estabelecida.

Assere que o condenado é primário, trabalhador e de bons antecedentes.

Destaca que o sentenciado era o provedor de sua família, mas não faz jus ao auxílio-reclusão, pois trabalhava informalmente.

Aduz que a penitenciária em que está aprisionado situa-se bem longe de sua família, dificultando o contato com sua companheira e sua filha de apenas 1 ano de idade.

Reclama o direito do paciente ao benefício do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, por preencher todos os requisitos à concessão da benesse.

Ressalta que a pena-base foi estabelecida no mínimo legal, "situação que indica que as circunstâncias do art. 59, no caso em foco, sugerem a plena suficiência de regime semiaberto" (fl. 9).

Diante disso, requer o impetrante, liminarmente e no mérito, seja concedido ao paciente o benefício do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, com a redução de 2/3 da pena aplicada; seja substituída a pena corporal pela restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal; bem como seja modificado o regime prisional para o semiaberto (fls. 1/10).

A liminar foi indeferida às fls. 32/34.

Foram prestadas informações às fls. 39/71 e 73/91.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Carlos Alberto C. de Vilhena Coelho, mas pela concessão da ordem, de ofício, a fim de que, afastada a hediondez do delito de tráfico, seja fixado o regime inicial semiaberto (fls. 93/98).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 415.559 - SP (2017/0230147-5)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICAVA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL SEMIABERTO. ADEQUAÇÃO. RELATORA VENCIDA, NO PONTO. *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDO A FIM DE FIXAR O REGIME INICIAL SEMIABERTO, VENCIDA A RELATORA, NO PONTO.

1. Concluído pela Corte de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.
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. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos e 10 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.
3. O Tribunal *a quo* fixou o regime inicial fechado com base, tão somente, no fato de tratar-se de crime equiparado a hediondo, bem como em razão da gravidade abstrata do delito de tráfico, razão pela qual a Turma entendeu ser imperiosa a fixação do regime inicial semiaberto, concedendo parcialmente a ordem. Vencida esta Relatora, que se posicionou pela manutenção do regime inicial fechado em razão a significativa quantidade de uma das drogas apreendidas – 160 g de cocaína –, o que, inclusive, ensejou a fixação da pena-base acima do mínimo legal.
4. *Habeas corpus* parcialmente concedido a fim de fixar o regime inicial semiaberto (vencida esta Relatora, no ponto).

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Busca-se, por meio da presente impetração, a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, bem como a alteração do regime inicial de cumprimento 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.

Para melhor deslinde da controvérsia, cumpre transcrever excerto do aresto guerreado:

Também deve ser afastada a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, porém não pela sua inconstitucionalidade.

Ao contrário do que sustenta o Ministério Público, não se vislumbra violação ao princípio da proporcionalidade, inserto em nossa Constituição Federal, que estabelece que deva haver um justo equilíbrio entre o fato ilícito praticado e a pena cominada.

Ressalte-se que o legislador prevê referida diminuição da pena aos agentes condenados pelos crimes previstos no art. 33, *caput*, e § 1º, da Lei n. 11.343/06 - desde que sejam primários, possuam bons antecedentes, não se dediquem à atividade criminosa e nem integrem organização criminosa - e estabelece, também, que a reprimenda privativa de liberdade imposta a eles não será convertida em penas restritivas de direitos. Observe-se, ainda, que para tais crimes, determina-se que o regime inicial de cumprimento da pena será o fechado.

Assim, não há se falar em violação do princípio da proporcionalidade.

Todavia, no caso *sub judice*, não incide a redução da pena disposta no § 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06, **tendo em vista a comprovação de prática ilícita habitual por parte do réu.**

O redutor não pode incidir como regra, bastando seja o agente primário e de bons antecedentes, mas sim excepcionalmente ao traficante eventual, como por exemplo: Viciado que fornece parte da sua droga para outro usuário, porque cm falta o entorpecente nos pontos de venda ilícita.

E essa não é a situação dos autos, **porquanto o réu estava na posse de razoável quantidade de substância entorpecente e quantia em dinheiro e admitiu informalmente aos policiais a dedicação ao comércio ilícito de entorpecentes, ficando demonstrada, assim, a habitualidade na prática delitiva** (fl. 85/86).

Verifica-se, dessarte, que a Corte de origem concluiu, com arrimo em elementos concretos dos autos, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, o que não pode ser revisto sem o necessário revolvimento fático-probatório, inviável nesta sede, angusta por excelência. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. INVIABILIDADE DE INCIDÊNCIA DO REDUTOR. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. (...) HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

- A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que não há ilegalidade na negativa de aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 quando as circunstâncias do delito permitem aferir que o agente se dedica a atividades criminosas.

- No caso, extrai-se que o Tribunal a quo formou sua convicção com base nos elementos fáticos constantes dos autos para não aplicar a redutora do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, por entender que o paciente se dedicava à atividade criminosa, tendo em vista a variedade de droga apreendida (ecstasy, LSD e maconha), bem como as circunstâncias do delito - a quantia apreendida de R\$ 390,00 no seu veículo e, conforme fls. 489, foram encontrados um revólver calibre 38, uma espingarda calibre 12, uma carabina calibre 20, 14 cartuchos calibre 38, 8 cartuchos calibre 12, 4 cartuchos calibre 20 e 3 estojos calibre 20.

- Desconstituir tais assertivas demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via estreita do habeas corpus.

(...)

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 378.135/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 24/02/2017)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. MOTIVOS DIVERSOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. Não há falar em bis in idem na dosimetria da pena, haja vista que a exasperação da pena-base deu-se em razão da quantidade da substância entorpecente apreendida, e a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, por sua vez, foi negada por entender o Colegiado estadual, com base nas circunstâncias do caso concreto, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, motivos diversos, pois.

2. Concluído pelo Tribunal a quo, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado, com base nas circunstâncias do caso concreto, em especial a expressiva quantidade e a variedade das drogas apreendidas - 3.481, 89 g de cocaína acondicionadas em 5.696 sacos plásticos transparentes e 79,13 g de maconha acondicionadas em 42 sacos plásticos transparentes (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

4. Habeas corpus denegado.

(HC 384.720/RJ, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 24/02/2017)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. INADMISSÍVEL NA VIA ELEITA. (...) WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)

2. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

3. Concluído pela instância ordinária, com fulcro na quantidade e natureza da droga apreendida, assim como nos demais elementos colhidos na instrução, que o paciente se dedica habitualmente ao tráfico de entorpecentes, a modificação desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. Precedentes.

(...)

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 376.897/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017)

No que tange à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, 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 foi fixada em 5 anos e 10 meses de reclusão, ultrapassando, portanto, o limite legal para incidência da benesse nos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crimes dolosos. Assim, de acordo com a disciplina do instituto da pena restritiva de direitos, tem-se que não é possível o atendimento da pretensão deduzida no presente *writ*. Nesta senda:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. (...) SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL INVIÁVEL. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

- Uma vez que a pena final foi fixada em patamar superior a 4 anos, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, por ausência dos requisitos previstos no art. 44 do CP. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, redimensionando-se as penas do paciente para 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 382.241/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 10/03/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. (...) SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REPRIMENDA SUPERIOR A 4 ANOS (ART. 44, I, DO CP). WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

4. É incabível a substituição de pena privativa de liberdade superior a 4 anos por restritivas de direitos, nos termos do art. 44, I, do CP.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto no cumprimento da pena.

(HC 373.574/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 10/02/2017)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. (...) SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO, DE OFÍCIO. SANÇÃO REDIMENSIONADA.

(...)

10. Uma vez que o paciente foi condenado a reprimenda superior a 4 anos de reclusão e ostenta circunstância judicial desfavorável (tanto que a sua pena-base ficou estabelecida acima do mínimo legal), dúvidas não há de que o regime inicial fechado é, efetivamente, o que se mostra o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 33, § 2º, "a", e § 3º, do Código Penal.

11. Não há como ser concedida a substituição da pena privativa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade por restritiva de direitos a condenado ao cumprimento de reprimenda superior a 4 anos de reclusão, por ausência de preenchimento do requisito objetivo.

12. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para redimensionar a reprimenda do paciente, nos termos do voto do relator.

(HC 338.379/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 16/12/2016)

No tocante ao regime inicial de cumprimento de pena, cumpre destacar que 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 - foi superada pelo Pretório Excelso, órgão responsável pela análise de compatibilidade das leis com a Constituição Federal, 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:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

18.3.2010), bem como a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

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, restou superada pela Suprema Corte e por este Tribunal Superior a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes.

Confira-se a fundamentação perfilhada pelo Tribunal *a quo* acerca do tema:

O regime inicial fechado para o cumprimento da pena é o adequado,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

porquanto a gravidade do crime assim o recomenda, sendo comparado a crime hediondo, o que enseja a aplicação, inicialmente, de um regime mais severo, mostrando à sociedade a eficaz repressão a esse tipo de delito.

Não é só. Quem envereda para a prática desse tipo de criminalidade, indisfarçavelmente tem personalidade deturpada, causadora de risco à ordem pública (fls. 86/87).

Muito embora tenha a Corte de origem mencionado apenas a hediondez e a gravidade abstrata do delito, na espécie, verifica-se que não há ilegalidade a ser sanada, tendo em vista a significativa quantidade de uma das drogas apreendidas – 160 g de cocaína (fl. 17), o que, inclusive, ensejou a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/06, no sentido de que o juiz "na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

Não há falar, pois, em constrangimento ilegal. Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006 AFASTADA SEM JUSTIFICATIVA. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. REGIME FECHADO. QUANTIDADE E VARIEDADE DA DROGA. FUNDAMENTOS VÁLIDOS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade.

3. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena diminuída, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosas.

4. Hipótese em que o Tribunal de origem negou a aplicação da referida minorante ao paciente, réu primário, sem apresentar justificativa alguma, o que caracteriza manifesta ilegalidade, e confere-lhe o direito da redução da pena no grau máximo, sobretudo porque ausentes outros elementos que indique sua habitualidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

delitiva.

5. Embora o paciente seja primário e a pena aplicada seja inferior a oito anos (4 anos e 8 meses de reclusão pela aplicação da regra do concurso material entre os delitos de tráfico de drogas e posse irregular de arma de fogo), revela-se correta a imposição do regime inicial fechado com fundamento na expressiva e na diversidade de entorpecentes apreendidos (6 tijolos e 3 porções de maconha e 6 papelotes de cocaína), conforme assentado pelo Tribunal de origem, nos termos do art. 33 do CP e 42 da Lei de Drogas.

6. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

7. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena pelo crime de tráfico de drogas para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão mais o pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa.

(HC 375.961/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 17/02/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. A aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 depende do convencimento do Magistrado de que o apenado, primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades delituosas nem integre organização criminosa.

In casu, o entendimento registrado pela origem está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior, firmada no sentido de que a quantidade, a variedade e a natureza da droga apreendida, pressupõem a dedicação à atividade criminosa, revelando-se suficiente afastar a aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, em sua maior fração.

3. A reforma do entendimento da instância ordinária, quanto à dedicação do paciente às atividades criminosas, constitui matéria que refoge ao restrito escopo do habeas corpus, porquanto demanda percuente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

4. O STF, no julgamento do HC n. 111.840/ES, declarou inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Assim, o regime prisional deverá ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do Código Penal - CP.

5. Na hipótese dos autos, embora as circunstâncias judiciais tenham sido consideradas favoráveis e o paciente seja primário, a quantidade e a natureza da droga apreendida - 121 pedras de crack, 49 eppendorfs de cocaína, 6 tabletes e 1 filete de maconha - utilizadas na terceira fase da dosimetria para afastar a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º da Lei de Drogas, justificam a fixação do regime prisional mais gravoso. Precedentes.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 377.156/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 10/02/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXPRESSIVA QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do Superior Tribunal de Justiça. Contudo, ante as alegações expostas na inicial, afigura-se razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. A aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 depende do convencimento do Magistrado de que o apenado, primário e de bons antecedentes, não se dedique às atividades delituosas nem integre organização criminosa.

O fundamento utilizado pelo Tribunal de origem para afastar a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.

11.343/06 está em consonância com o entendimento desta Corte, eis que escorado nas circunstâncias do delito e sobretudo na grande quantidade e variedade de drogas apreendidas (5kg de maconha e 8g de crack), que evidencia a dedicação do paciente à atividade criminosa.

3. A reforma do entendimento das instâncias ordinárias quanto à dedicação do apenado à atividade criminosa constitui matéria que refoge ao restrito escopo do habeas corpus, porquanto demanda percuciente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

4. Não há falar em ilegalidade na fixação do regime prisional fechado, uma vez que a quantidade de droga apreendida - 5kg de maconha e 8g de crack - (art. 42 da Lei n. 11.343/06) demonstra a gravidade concreta do delito, justificando a imposição do regime inicial fechado. Além do mais, a presença de circunstância judicial desfavorável



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

autoriza o regime prisional mais gravoso, em decorrência da disposição contida no art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal 5. O entendimento consignado pelo Tribunal de origem quanto à negativa de substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, ante a ausência de preenchimento dos requisitos previstos no art. 44, inciso I, do Código Penal, está em consonância com a jurisprudência desta Corte.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 373.208/MS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 13/12/2016)

Assim, embora a reprimenda final seja inferior a 8 anos, penso ser necessária uma resposta penal mais efetiva, como forma de retribuição proporcional à gravidade da conduta, porquanto as circunstâncias do caso em testilha demonstram que regime inicial mais brando não seria suficiente para a reprovação e a prevenção do delito em comento.

A Turma, entretanto, ante a ausência de fundamentação idônea para a imposição do regime inicial fechado – haja vista ter sido invocado pelo Tribunal *a quo* tão somente o fato de tratar-se de crime equiparado a hediondo, bem como a gravidade abstrata do delito –, entendeu ser imperiosa a fixação do regime inicial semiaberto, concedendo parcialmente a ordem. Fiquei vencida, no ponto.

Ante o exposto, **concede-se parcialmente a ordem** para fixar o regime inicial semiaberto.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 415.559 - SP (2017/0230147-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Senhor Presidente, divirjo da senhora Ministra Relatora no que se refere ao regime.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0230147-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 415.559 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00009390520148260223 0912014 912014 9390520148260223

EM MESA

JULGADO: 06/02/2018

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ ADONIS CALLOU DE ARAÚJO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DANIELA DELGADO DOS PASSOS
ADVOGADO : DANIELA DELGADO DOS PASSOS - SP364687
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FELIPE FELIX DE OLIVEIRA ROSA

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 maioria, concedeu em parte o habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior. Lavrará o acórdão a Sra. Ministra Relatora, que restou vencida, em parte, apenas quanto ao regime.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora quanto à concessão parcial da ordem.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro.