



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 316.627 - SP (2015/0032955-4)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FELIPE AUGUSTO PERES PENTEADO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARINA APARECIDA DE OLIVEIRA TOLEDO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS (ART. 33, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/06). DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO NÃO APLICADA (§ 4º). QUANTIDADE DE DROGA. REEXAME DE PROVAS. REGIME FECHADO. LEI N. 8.072/90. FUNDAMENTO INIDÔNEO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, ressaltando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

– A causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 não foi aplicada no caso concreto em razão da dedicação da paciente a atividades criminosas, evidenciada sobretudo pela quantidade de droga apreendida. Para se afastar essa conclusão, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em sede de *habeas corpus*.

– A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o disposto no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90 não sustenta, por si só, o regime inicial fechado. Tendo em vista o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo da Execução reavaliar os elementos concretos dos autos para fixar o regime prisional com base no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, bem como no art. 42 da Lei n. 11.343/06.

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Juízo da Vara de Execuções Criminais, a partir de dados concretos, decida acerca da possibilidade de fixar à paciente regime inicial mais brando.

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, por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

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

MINISTRO ERICSON MARANHÃO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 316.627 - SP (2015/0032955-4)

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

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : FELIPE AUGUSTO PERES PENTEADO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : MARINA APARECIDA DE OLIVEIRA TOLEDO (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em benefício de MARINA APARECIDA DE OLIVEIRA TOLEDO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido nos autos da Apelação n. 0046947-08.2012.8.26.0224.

Depreende-se dos autos que a paciente foi condenada, em primeiro grau, à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito previsto no artigo 33, *caput*, c/c o art. 40, III, da Lei n. 11.343/06. Interposta apelação pela defesa, o Tribunal negou provimento ao recurso.

A impetrante alega ausência de fundamentação idônea na negativa de aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Sustenta que a paciente é primária e de bons antecedentes, não havendo provas de que integre organização criminosa ou se dedique a atividades criminosas. Ademais, aduz que o regime prisional foi fixado com base na gravidade abstrata do delito.

Requer, assim, a aplicação da referida causa de diminuição de pena e a fixação do regime semiaberto ou aberto.

Liminar indeferida às fls. 208/209.

Informações prestadas às fls. 220/239 e 243/298.

Parecer do Ministério Público Federal, às fls. 299/305, "*pelo não conhecimento do writ, mas, pela concessão da ordem de ofício, somente no que tange a alteração do regime inicial de cumprimento de pena, em respeito ao art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal*" (fl. 305).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 316.627 - SP (2015/0032955-4)

VOTO

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

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

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

Em primeiro grau, a pena foi fixada nos seguintes termos:

[...]

Por fim, não cabe aplicar a causa especial de redução de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11343/06, porque inequivocamente quem tenta entrar em presídio com drogas busca atividade criminosa organizada, tanto assim, que a própria ré confessou ter recebido a droga de terceira pessoa, a mando de alguém dentro do presídio, a revelar organização pré-estabelecida entre criminosos.

[...]

A ré não ostenta antecedentes criminais e não existem circunstâncias judiciais que determinem majoração da pena base além do mínimo legal de cinco anos de reclusão e quinhentos dias multa. Não há circunstâncias agravantes a considerar, e as circunstâncias atenuantes genéricas da confissão extrajudicial e menoridade relativa ao tempo do fato não incide aquém da pena base mínima. Pela causa de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso III, a pena fica acrescida de 1/6, totalizando cinco anos e dez meses de reclusão e quinhentos e oitenta e três dias multa. Os dias multa serão calculados pelo valor unitário mínimo legal, não havendo prova da condição econômica da ré, nos termos do artigo 60 do Código Penal. O regime inicial de cumprimento de pena será o fechado, nos termos do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007. A substituição de pena prevista no artigo 44 do Código Penal não é compatível com a gravidade da conduta, ponderados os mesmos fundamentos da dosimetria da pena, tratando-se de conduta de consequências diferenciadas que atenta seriamente contra a ordem pública e acarreta manifesto risco à ordem e segurança pública, fomento de diversas atividades criminosas ainda mais graves, merecedora de tratamento legal diferenciado, em resguardo ao caráter preventivo da pena,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para que sirva de efetivo desestímulo à reiteração da conduta pelo criminoso que se dispõe a distribuir drogas em bairro residencial densamente habitado, de modo a expor a risco não só os usuários como potenciais adquirentes de drogas ilícitas, mas principalmente todos aqueles que, alheios à sua atividade criminosos, são obrigados a conviverem diariamente sob a nefasta ameaça do tráfico de drogas. Não obstante a decisão do Superior Tribunal de Justiça no habeas corpus 97.256/RS, dj.15.12.2010 e a resolução nº 5/12 do Senado, publicada em 16.2.2012, que suspendeu a vedação legal prevista no §4º do artigo 33 da referida lei, há que se considerar a total incompatibilidade entre o pretendido benefício legal de substituição de pena com o regime prisional obrigatório, inicial fechado, notadamente, em atenção às circunstância do crime de tráfico de drogas, que é o lucro fácil em detrimento da vida humana, bem com as consequências desse nefasto crime, fator de gravíssima desestabilização social (fls. 78/79).

Por sua vez, asseverou o Tribunal de origem ao negar provimento à apelação da defesa:

[...]

*A apelante foi denunciada como incurso no artigo 33, caput c.c. artigo 40, inciso III ambos da Lei 11.343/06, porque no dia 15 de julho de 2012, por volta das 09:55 horas, **nas dependências da penitenciária Adriano Marrey, situada na Rodovia Presidente Dutra, Parque Cecap, Comarca de Guarulhos, trazia consigo e guardava, para fins de entrega a consumo de terceiros, 148,74 gramas de cocaína**, substância entorpecente que determina dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.*

[...]

Temos ainda que foi bem afastada a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º da Lei 11.343/06, eis que a quantidade de droga apreendida desaconselha tal benesse.

Recentemente o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a elevada quantidade de droga pode ser um indicativo de participação do réu em organização criminosa, afastando a aplicação do § 4º, artigo 33 da Lei nº 11.343/06, mesmo em se tratando de réu primário, com bons antecedentes:

[...]

Por fim, o regime prisional deverá permanecer como fixado, inicial fechado, eis que o foi de acordo com a determinação constante no artigo 1º da Lei 11.464/07 que regula os crimes hediondos.

Anoto que o quantum de pena aplicada por si só inviabiliza a substituição requerida, que também fica afastada (fls. 165/168).

Quanto à causa de diminuição de pena, o acórdão está de acordo com a jurisprudência desta Corte, segundo a qual a quantidade e a variedade de entorpecentes apreendidos em poder do acusado constitui circunstância hábil a denotar a dedicação às atividades criminosas, podendo impedir a aplicação da causa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diminuição de pena prevista no §4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06 à míngua do preenchimento dos requisitos legais (AgRg no AREsp 628.686/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 2/3/2015).

No mesmo sentido:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. DOSIMETRIA. **MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. NÃO APLICAÇÃO JUSTIFICADA.** CUMPRIMENTO DA PENA. REGIME INICIAL MAIS RIGOROSO. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. GRAVIDADE ABSTRATA. § 1º DO ART. 2º DA LEI N. 8.072/90. VEDAÇÃO. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. INDIVIDUALIZAÇÃO DO REGIME.

[...]

2. Pacífico o entendimento desta Corte Superior que a quantidade e a natureza da droga justificam a não aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

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

4. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem de ofício, para determinar que o juízo da execução proceda à individualização do regime inicial de cumprimento da pena.

(HC 199.932/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 10/2/2015, DJe 23/2/2015)

Por outro lado, para se afastar a conclusão das instâncias ordinárias de que a paciente se dedica a atividades criminosas, é necessário o reexame aprofundado de provas, inviável em sede de *habeas corpus*.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. QUALIFICAÇÃO DE TESTEMUNHA MANTIDA SOB SIGILO, PERMITIDA SUA DIVULGAÇÃO APENAS AO ADVOGADO DOS ACUSADOS, JUIZ E PROMOTOR. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. CONDENAÇÃO BASEADA EM OUTRAS PROVAS, COLHIDAS SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PENA MAIOR QUE QUATRO ANOS. HABEAS CORPUS DENEGADO.

[...]

3. Inaplicável a causa de diminuição de pena inserta no §



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006 na hipótese, na medida em que, conforme consignado pela sentença condenatória, mantida pelo acórdão de apelação impugnado, o Paciente não preenche os requisitos legais, tendo em vista se dedicar à atividade criminosa. E, não é possível, na estreita via do habeas corpus, rever a conclusão exarada pela instância ordinária, por demandar incabível reexame do conjunto fático-probatório. Precedentes.

[...]

5. Habeas corpus denegado (HC 206.142/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 23/4/2013).

No que diz respeito ao regime prisional, as instâncias ordinárias se basearam na hediondez do delito (art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90), fundamento inidôneo segundo a jurisprudência desta Corte. Assim, cabe ao juízo da execução, tendo em vista o trânsito em julgado da condenação, reavaliar os elementos concretos dos autos para fixar o regime prisional com base no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, bem como no art. 42 da Lei n. 11.343/06. Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. ARTIGO 212 DO CPP. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. AGRAVO IMPROVIDO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME INICIAL FECHADO. VEDAÇÃO GENÉRICA E APRIORÍSTICA. ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/90. INCONSTITUCIONALIDADE. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior posicionou-se no sentido de que eventual inobservância do art. 212 do CPP gera nulidade meramente relativa, sendo necessário, para seu reconhecimento, a comprovação do efetivo prejuízo.

2. Com a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, na redação dada pela Lei n. 11.464/2007, incidenter tantum, pelo Plenário do STF no julgamento do HC n. 111.840/ES (Rel. Ministro Dias Toffoli), resta superada a análise da aplicabilidade ou não de seu regramento aos delitos praticados antes de sua vigência, porquanto afastada a previsão de obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, devendo ser observadas as regras do art. 33 do CP na fixação do regime prisional inicial dos crimes hediondos e equiparados.

3. Agravo regimental improvido, mas **concedido habeas corpus, de ofício, para determinar que o Tribunal a quo, analisando o caso concreto, proceda à individualização do regime inicial de cumprimento da pena, à luz do art. 33 e parágrafos do Código Penal, e do art. 42 da Lei n. 11.343/06.**

(AgRg no AREsp 415.488/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 5/5/2015, DJe 14/5/2015).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE
ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO DESCARACTERIZA A HEDIONDEZ DO CRIME. FIXADO REGIME INICIAL FECHADO E NEGADA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. ILEGALIDADE MANIFESTA. OCORRÊNCIA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

[...]

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

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

6. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastados a obrigatoriedade do regime inicial fechado e a fundamentação referente à gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

(HC 299.074/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 9/9/2014, DJe 24/9/2014)

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem de ofício para determinar que o Juízo da Vara de Execuções Criminais, a partir de dados concretos, decida acerca da possibilidade de fixar à paciente regime inicial mais brando.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0032955-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 316.627 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00469470820128260224 17032012 469470820128260224

EM MESA

JULGADO: 15/10/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FELIPE AUGUSTO PERES PENTEADO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARINA APARECIDA DE OLIVEIRA TOLEDO (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.