



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 251.099 - MS (2012/0167014-5)

**RELATORA** : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA  
**IMPETRANTE** : HENOC CABRITA DE SANTANA  
**ADVOGADO** : HENOC CABRITA DE SANTANA - DEFENSOR PÚBLICO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL  
**PACIENTE** : JOSÉ ORLANDO DA SILVA ALBUQUERQUE (PRESO)  
**PACIENTE** : SEVERINO PINTO DE MORAIS (PRESO)

### EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. EMBARGOS INFRINGENTES REJEITADOS. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. 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. SUBSTITUIÇÃO NEGADA EM RAZÃO DA QUANTIDADE DA DROGA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. 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 ordinário.

2. A incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 não descaracteriza o caráter hediondo do crime de tráfico. Entretanto, 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.

3. Devidamente fundamentada a negativa da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em razão da quantidade da droga apreendida - 50 kg de maconha - não há constrangimento ilegal a ser sanado.

4. *In casu*, a negativa de abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena baseou-se, exclusivamente, na hediondez 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 o Tribunal *a quo* não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

6. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente 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



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

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 Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 02 de abril de 2013(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura  
Relatora



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 251.099 - MS (2012/0167014-5)**

|                   |                                                     |
|-------------------|-----------------------------------------------------|
| <b>RELATORA</b>   | <b>MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA</b>        |
| <b>IMPETRANTE</b> | HENOCH CABRITA DE SANTANA                           |
| <b>ADVOGADO</b>   | HENOCH CABRITA DE SANTANA - DEFENSOR PÚBLICO        |
| <b>IMPETRADO</b>  | TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL |
| <b>PACIENTE</b>   | JOSÉ ORLANDO DA SILVA ALBUQUERQUE (PRESO)           |
| <b>PACIENTE</b>   | SEVERINO PINTO DE MORAIS (PRESO)                    |

### RELATÓRIO

#### MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor dos pacientes acima nominados, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul (Embargos Infringentes em Apelação Criminal n.º 2012.004001-8/0001.00).

Consta dos autos que José Orlando e Severino foram condenados como incurso no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, às penas de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses e 2 (dois) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, respectivamente, a serem cumpridas em regime inicial fechado. Segundo a denúncia, os denunciados transportavam, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, 49 tabletes contendo 50 quilos de maconha.

A defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o tribunal de origem, por maioria, negou provimento, em acórdão assim fundamentado:

O deslinde da controvérsia cinge-se à discussão quanto à natureza hedionda (ou não) do crime previsto no art. 33, § 4º (tráfico de drogas), da Lei n.º 11.343/06.

Os condenados pelo crime de tráfico de drogas - tenha sido a conduta criminosa havida como eventual ou não - não podem ser tratados como criminosos comuns, pois, reafirmando a hediondez do delito em questão, o tipo penal é um só.

Não existem 02 (dois) tipos do crime em questão; o que existe são circunstâncias capazes de majorar ou minorar a pena aplicada, o que não altera a natureza do ilícito e sua gravidade.

Falar em conduta ocasional no crime de tráfico de drogas decorre, única e exclusivamente, do preenchimento de condições pessoais do acusado, que absolutamente nada tem a ver com a figura delitiva em si mesma.

Como cediço, as chamadas causas de aumento ou de diminuição são circunstâncias secundárias "cuja ausência não influi de forma alguma sobre a sua existência. Tem a função de agravar ou abrandar a sanção penal e situa-se nos parágrafos".



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Endossa ROGÉRIO GRECO que "circunstâncias são dados periféricos, acessórios, que gravitam ao redor da figura típica, somente interferindo na graduação da pena. A existência ou não de uma circunstância, em nada interfere na definição da fisura típica, tendo a sua importância limitada ao aumento ou diminuição da pena de uma determinada infração penal" (destaques não originais!)

Ademais, a intenção do legislador ao criar a aludida diminuta foi atender aos reclamos da política criminal e compensar o aumento da pena-base implementado pela Lei n.º 11.343/06, e não nivelar o tráfico ao crime comum.

Por outro lado, a equiparação do tráfico de drogas aos crimes hediondos decorre do império contido na Constituição Federal, que em seu art. 5º, XLIII dispõe: "a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia (...) o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (...) e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem. "

Reforçando o entendimento, o art. 2º, da Lei n.º 8.072/90, e o art. 83, V, do Código Penal, restringem e recrudescem uma série de benefícios - como anistia, a graça, o indulto, a fiança, a progressão de regime e o livramento condicional - aos processados e condenados pela prática de crimes hediondos e assemelhados.

(...)

Assim, é indubitoso que o tráfico de drogas tem natureza hedionda e, dessa forma, a mera incidência de uma causa de diminuição, como aquela que define a figura eventual do delito, não modifica tal realidade.

Quanto à substituição da pena corporal, embora o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL tenha julgado inconstitucional a vedação à conversão prevista no art. 44, da Lei n.º 11.343/06, para a aplicação da referida benesse é necessário o preenchimento de alguns requisitos, dentre eles "a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente " 4, o que não é o caso dos autos, mormente pela quantidade de droga apreendida com os recorrentes - 50 kg (cinquenta quilos) de maconha.

Aliás, como bem afirmado pelo julgador *a quo* (f. 164/179; "Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por outra espécie de pena (art. 44, III, do CP), assim como a concessão de *sursis* (art.77, *caput* e inc. II, do mesmo codex), porquanto não atendidos os pressupostos objetivos subjetivos. Além do limite antes fixado, a culpabilidade, a propensão do acusado, bem como a gravidade, as negativas consequências, a noção de periculosidade à saúde pública e os motivos da prática delituosa, lucro fácil em detrimento de famílias, deixam claro que tal possibilidade redundaria em insuficiência da reprimenda, inobservando-se a exigência espelhada no inciso III do art. 44, bem como no inciso II do art. 77, ambos do Código Penal".

Ante o exposto, nego provimento ao recurso interposto por SEVERINO PINTO MORAES e JOSÉ ORLANDO DA SILVA ALBUQUERQUE, mantendo inalterada a sentença recorrida (fls. 258/260).



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Insatisfeita, interpôs embargos infringentes e o tribunal *a quo* negou provimento ao recurso, consignando, *verbis*:

A causa de diminuição da pena prevista § 4º, do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, não tem o condão de afastar a natureza hedionda do tráfico.

(...)

A Lei n. 8.072/90, no art. 2º, equipara o tráfico aos crimes hediondos, certamente pela natureza repugnante em decorrência das consequências extremamente gravosas que o tráfico de drogas produz na sociedade.

Assim é que, a Lei Antidrogas n. 11.343/2006, escolheu critérios referentes às condições pessoais e circunstâncias inerentes à prática delitiva, como meio de descaracterizar a hediondez, como fez no artigo 28, ao descriminalizar a conduta do usuário.

As condutas típicas previstas no artigo 33, *caput* e § 1º, da Lei de Drogas, assim como as dos artigos 34 ao 37 foram, *contrario sensu*, incluídas no rol dos delitos equiparados aos hediondos por escolha do Legislador, que sabidamente, sopesa os efeitos maléficos que o tráfico causa em todo o país, destruindo crianças, jovens e adultos, famílias inteiras, e, a causa de diminuição da pena, prevista no § 4º do citado artigo 33, não enseja a descaracterização da hediondez do delito.

O fato de o condenado ser agraciado com o reconhecimento da citada causa de diminuição da pena, por apresentar bons-antecedentes e de não haver provas de integração de organização criminosa, permite a redução da pena, o que certamente traz benefícios ao réu para progressão de regime, em razão da pena minorada.

Na realidade, a hediondez atribuída, em tais casos, como característica de maior reprovação pelo ordenamento jurídico, está segura somente pelo maior rigor na execução da penal, como, por exemplo, o lapso temporal de 2/3 de cumprimento da pena para o livramento condicional e 2/5 para progressão do primário.

Entendo que, a Lei de Drogas, nesse sentido, expressa a vontade do legislador em promover essa diferenciação, caso a caso, de forma que tenham penas maiores os traficantes habituais e o crime organizado (associação para o tráfico), - artigos 33, *caput* e § 1º e 34 ao 37, bem como tenham penas abrandadas aqueles que, embora envolvidos na promoção do tráfico de drogas não o tenham como negócio mercantil e habitual.

Nesta senda, a diminuição da pena prevista no § 4º do artigo 33 é uma chance dada ao "traficante de primeira viagem", como descreve NUCCI1, contudo não retira a hediondez do delito, cuja conduta não fosse obstada por interferência policial, obteria êxito e somaria no prejuízo social com a promoção do vício e a marginalidade.

Logo, concluo que é por meio dos dispositivos legais que o Legislador ordinário fez as diferenciações acerca da situação dos traficantes, descabendo ao Judiciário mudar a escolha feita por aquele com base, em critérios de política criminal, eleitos de interesse geral da sociedade.

A discricionariedade atribuída pelo Legislador ao Julgador está presente no artigo 42, pois não vejo como insignificante repetição da norma do artigo 59 do Código Penal, mas como sempre, na individualização da pena, com fundamento nas condições e características do apenado, as circunstâncias do delito e a natureza da droga, dentre outros (fls. 296/297).



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Alega o impetrante que os pacientes fazem jus a um regime menos gravoso, uma vez caracterizada a figura do tráfico privilegiado, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, que não configura crime hediondo.

Argumenta, ainda, que, diante da declaração de inconstitucionalidade do dispositivo da Lei n.º 11.343/06, que proíbe a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, e da Resolução n.º 5/2012 do Senado Federal, deve ser aplicado, no caso, o art. 44 do Código Penal, em relação ao paciente José Orlando, uma vez que ele preenche os requisitos legais.

Cita diversos precedentes para reforçar suas teses.

Requer, liminarmente, que os pacientes possam iniciar o cumprimento de suas penas em regimes mais brandos.

No mérito, pretende a concessão da ordem para "confirmando-se a liminar, para cassar o v.Acórdão proferido pela Seção Criminal deste Sodalício, a fim de afastar o caráter hediondo do crime de tráfico privilegiado, aplicar o regime aberto e a substituição da pena ao Paciente - José Orlando da Silva Albuquerque e o regime semi-aberto ao Paciente Severino Pinto de Moraes, fazendo finalmente, cessar o constrangimento ilegal".

A liminar foi indeferida às fls. 307/309.

Foram prestadas informações às fls. 314/327 e 329/347.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Washington Bolívar Júnior, pela denegação da ordem (fls. 350/353).

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 251.099 - MS (2012/0167014-5)**

### EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. EMBARGOS INFRINGENTES REJEITADOS. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. 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. SUBSTITUIÇÃO NEGADA EM RAZÃO DA QUANTIDADE DA DROGA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. 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 ordinário.

2. A incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 não descaracteriza o caráter hediondo do crime de tráfico. Entretanto, 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.

3. Devidamente fundamentada a negativa da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em razão da quantidade da droga apreendida - 50 kg de maconha - não há constrangimento ilegal a ser sanado.

4. *In casu*, a negativa de abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena baseou-se, exclusivamente, na hediondez 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 o Tribunal *a quo* não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

6. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente 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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Cumprе salientar que estes autos foram distribuídos à minha relatoria por prevenção ao HC n.º 211.060/MS, impetrado em favor do paciente Severino, julgado prejudicado em 10.4.2012.

*Ab initio*, cumprе 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, cumprе 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)

No caso, observa-se que, após o julgamento do prévio *writ*, a Defesa formulou diretamente este *mandamus*. Não interpôs o recurso ordinário cabível.

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.

Busca-se, por meio da presente impetração, o abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A redação do § 4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06 permite que, aos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas possam ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Consoante exposto alhures, opondo-se ao acórdão local, o impetrante sustenta que a aplicação da causa especial de diminuição de pena afastaria o caráter hediondo do crime de tráfico. Todavia, em meu sentir, a aplicação do referido § 4º não é bastante para retirar o caráter hediondo do delito de tráfico. No pormenor, importante sublinhar que, ao



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

contrário do privilégio e das qualificadoras – que, como se sabe, constituem tipo penal autônomo – as causas de aumento ou de diminuição apenas estabelecem frações para a modificação dos parâmetros da pena.

Nesse diapasão, Guilherme de Souza Nucci esclarece que "a causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, apenas abranda a punição do traficante, mas o delito pelo agente cometido continua a ser equiparado a hediondo, pois a conduta é tipificada no art. 33, *caput*, e no § 1º, que assim são considerados. Os que escapam à denominação de equiparados a hediondos são as figuras do art. 33, §§ 2º e 3º." (*In*: Leis penais e processuais penais comentadas. 3ª edição. Revista dos Tribunais: 2008, p. 320).

A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes desta Corte:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REDUÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE.

1. Em se tratando de crimes hediondos ou equiparados, o pensamento legislativo se direcionou para aqueles crimes mais aviltantes e com expressiva lesividade.

2. A nova Lei de Tóxicos previu, em seu art. 33, § 4º, a possibilidade de se impor diminuição na pena fixada para o tráfico de drogas, quando o agente ou traficante for primário, ostentar bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e nem integrar organização criminosa. Tal circunstância, contudo, não retirou do delito o seu caráter hediondo.

3. Ordem denegada".

(HC 200.513/MS, Relator Ministra Og Fernandes, Sexta Turma, DJe de 18.05.2011)

"PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO DESCARACTERIZA A HEDIONDEZ. ORDEM DENEGADA.

I. O tráfico de drogas, segundo expressa disposição constitucional (art. 5º, inciso XLIII), é considerado figura típica equiparada aos crimes hediondos definidos em lei, sujeitando-se, por consequência, ao tratamento dispensado a tais delitos, sendo que a Lei n.º 8.072/90 não fez qualquer ressalva em sentido contrário.

II. A incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 não descaracteriza o caráter hediondo do crime. Precedentes.

III. A redução da pena, em razão do reconhecimento da causa especial de diminuição, não implica desconsiderar as razões que levaram o legislador constituinte a prever um tratamento mais rigoroso ao tráfico de drogas.

IV. Ordem denegada".

(165.332/MS, Relator Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJe de 22.11.2010)

Malgrado o posicionamento supra, convém esclarecer que tanto a estipulação do regime inicial fechado – contida no § 1º do artigo 2º da Lei n.º 8.072, que fora alterado pela



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Lei n.º 11.464/07 – quanto a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos – prevista no artigo 44, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 – foram superadas pelo Pretório Excelso em decisões recentes. A esse respeito, confira-se o teor do Informativo n.º 569 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis* :

A Turma, superando a restrição fundada no Enunciado 691 da Súmula do STF, concedeu habeas corpus a condenado pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33) para determinar que tribunal de justiça substitua a pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos ou, havendo reversão, que o início do cumprimento da pena privativa de liberdade se dê no regime aberto. Assentou-se que a quantidade de pena imposta – 3 anos –, não constando circunstâncias desfavoráveis ao paciente, que não registra antecedentes, permitiria não só que a pena tivesse início no regime aberto (CP, art. 33, § 2º, c), mas, também, a substituição por pena restritiva de direitos (CP, art. 44, § 2º, segunda parte). HC 101291/SP, Rel. Min. Eros Grau, 24.11.2009. (HC-101291)

O citado *writ* possui esta ementa:

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

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

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

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

Convém sublinhar, ainda, que o Senado Federal, no exercício da atribuição que lhe foi conferida pelo art. 52, inciso X, da Magna Carta, editou, em 15.2.2012, a Resolução n.º



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

05/2012, suspendendo a execução de excerto da Lei n.º 11.343/06 referente à expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" - contida no § 4º, do art. 33, declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos supra mencionado HC n.º 97.256. Confira-se:

O Senado Federal resolve:

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

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

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

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

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

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

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

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

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, com a redação dada pela Lei n.º 11.464/07, o qual determina que "*a pena por crime previsto neste artigo*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*será cumprida inicialmente em regime fechado".* Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito **ex nunc**, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado." (HC n.º 111.840/ES; Relator(a): Ministro Dias Toffoli; Julgamento: 27/06/2012; Tribunal Pleno)

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

Na hipótese vertente, entretanto, tenho que negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ao paciente Severino foi devidamente fundamentada, de modo que não há falar em constrangimento ilegal.

Verifica-se, *in casu*, que a negativa da benesse foi mantida pela Corte de origem em razão da quantidade da droga apreendida - 50 kg de maconha (fl. 22) - substância causadora de efeitos extremamente deletérios.

Com efeito, nos termos do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, 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 diapasão, as instâncias ordinárias entenderam ser necessária uma resposta penal mais efetiva, porquanto a quantidade da substância entorpecente apreendida demonstra que a substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos não seria suficiente para a reprovação e a prevenção do delito em comento.

Assim, devidamente fundamentada a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos com base na quantidade da droga apreendida, não há ilegalidade a ser sanada. Nesse sentido:

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO ESPECIAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. INCABÍVEL. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO FUNDAMENTADA EM ELEMENTOS CONCRETOS.

1. Na esteira dos recentes precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior de Justiça, é incabível a utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso adequado. Precedentes.

2. A inadequação da via eleita, contudo, não desobriga este Tribunal Superior de, *ex officio*, fazer cessar manifesta ilegalidade que importe no cerceamento do direito de ir e vir do paciente.

3. As Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte de Justiça já firmaram entendimento no sentido de ser possível a concessão de regime diverso do fechado nos crimes de tráfico, avaliadas as circunstâncias inerentes ao caso concreto.

4. Com a publicação da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, foi



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

suprimida a expressão normativa constante do § 4º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/2006, afastando-se a vedação legal à substituição de pena, devendo a análise dos requisitos para a obtenção da conversão da pena se dar nos termos do art. 44 do Código Penal.

5. A negativa de abrandamento do regime inicial e o indeferimento do benefício da substituição da pena estão justificados em elementos concretos, tendo em vista a quantidade e qualidade dos entorpecentes expostos à comercialização - 20 eppendorfs de cocaína e 29 porções de crack -, não havendo constrangimento ilegal a ser sanado.

6. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 255.661/SP, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2012, DJe 13/12/2012)

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, entretanto, assiste razão ao impetrante. Com efeito, verifica-se que o regime inicial fechado foi fixado com base, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

Consoante esposado alhures, tal questão 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 pelos arts. 33 e parágrafos, do Código Penal, o que não ocorreu na espécie.

Em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, realizada em 1.4.2013, colheu-se a informação de que a condenação dos pacientes 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 o exposto, não conheço do *writ*. **Concedo a ordem, de ofício**, tão somente para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de entorpecentes, 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: 2012/0167014-5

**HC 251.099 / MS**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20120040018 2034552720108120002

EM MESA

JULGADO: 02/04/2013

#### **Relatora**

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : HENOCH CABRITA DE SANTANA  
ADVOGADO : HENOCH CABRITA DE SANTANA - DEFENSOR PÚBLICO  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL  
PACIENTE : JOSÉ ORLANDO DA SILVA ALBUQUERQUE (PRESO)  
PACIENTE : SEVERINO PINTO DE MORAIS (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 Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.