



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 266.299 - SP (2013/0068030-5)

RELATORA : MINISTRA ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WASHINGTON FONSECA CLAUDINO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06 APLICAÇÃO NO PATAMAR DIVERSO DO MÁXIMO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. CABÍVEL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. EXAME QUE SE RESERVA AO JUÍZO DAS EXECUÇÕES.

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. Reconhecido o cumprimento das exigências previstas no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, deve o julgador reduzir as penas impostas ao réu na fração de um sexto a dois terços, tendo liberdade para escolher o patamar mais adequado ao caso concreto, desde que o faça de forma fundamentada.

4. Na espécie, as instâncias ordinárias obedeceram aos ditames do critério trifásico de aplicação da pena e a regra prevista no art. 42 da Lei n.º 11.343/06, fixando a causa de diminuição de pena em metade, com base na quantidade e diversidade da substância entorpecente apreendida - **73 pedras de crack, 79 invólucros plásticos de crack e 63 supositórios de cocaína com peso total de 67,4 g (sessenta e sete gramas e quatro decigramas)**

5. 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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

devendo a análise dos requisitos para a obtenção da conversão da pena se dar nos termos do art. 44 do Código Penal.

7. Hipótese em que a negativa de abrandamento do regime inicial e a vedação à substituição da pena estão baseadas, exclusivamente, na hediondez do delito e nos óbices legais, configurando constrangimento ilegal.

8. O exame do caso reserva-se à instância ordinária, tendo em vista o superveniente trânsito em julgado da condenação.

9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para afastar a obrigatoriedade do regime fechado para início de cumprimento da pena e o óbice à substituição da pena, determinando que o Juiz das Execuções examine a possibilidade de fixação de regime menos gravoso e substituição da pena, com base nas circunstâncias do caso concreto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido, expedir, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Senhora Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Assusete Magalhães votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 04 de junho de 2013(Data do Julgamento)

MINISTRA ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE)
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 266.299 - SP (2013/0068030-5)

RELATORA : MINISTRA ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WASHINGTON FONSECA CLAUDINO
RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de WASHINGTON FONSECA CLAUDINO, contra acórdão proferido pela Nona Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao apelo defensivo.

Consta dos autos que o ora paciente foi condenado à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, mais pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, pois trazia consigo, pra fins de comércio, **73 pedras de crack, 79 invólucros plásticos de crack e 63 supositórios de cocaína com peso total de 67,4 g (sessenta e sete gramas e quatro decigramas).**

Inconformada, apelou a defesa, pleiteando a absolvição do réu ou, subsidiariamente, a desclassificação do delito para uso, o redimensionamento da pena e a modificação do regime prisional.

O Tribunal bandeirante negou provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa:

Processo penal. Prova. Testemunhos de policiais. Os relatos de policiais têm eficácia probatória, preponderando sobre as palavras isoladas do agente, quando seguros, insuspeitos e estiverem em harmonia com o restante da prova.

Tóxicos. Condenação por tráfico ilícito de drogas. Defesa que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

busca, em sede de recurso, a incidência do redutor previsto no § 4º, do art. 33, da Lei Especial. Impossibilidade. As circunstâncias dos fatos geram presunção de não-satisfação de todos os requisitos legais. Inversão do ônus da prova. Precedente da C. Câmara Criminal.

Tráfico ilícito de drogas. Aplicação de penas alternativas a traficante. Impossibilidade. Inteligência do art. 44, da Lei de Tóxicos. (e-STJ fl. 22).

Neste *writ*, o impetrante alega constrangimento ilegal decorrente da não aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 em seu patamar máximo, afirmando que as circunstâncias judiciais são favoráveis ao acusado.

Sustenta, ainda, que recente decisão do Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos no caso de tráfico de drogas. Acrescenta que a fixação do regime prisional deve obedecer ao parâmetros do Código Penal.

Requer, liminarmente, o redimensionamento da pena, seja fixado o regime aberto e substituída a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida em 13.3.2013 (e-STJ fls. 44/45).

Prestadas as informações, o Ministério Público Federal, em parecer do Subprocurador-Geral da República Paulo Gustavo Gonet Branco, opinou pelo não conhecimento da ordem e concessão de ofício do *habeas corpus* para que o juízo das execuções avalie os pedidos deduzidos.

Em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal bandeirante, apurou-se que o feito transitou em julgado para a defesa no dia 4.4.2013.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 266.299 - SP (2013/0068030-5)

**RELATORA : MINISTRA ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE)**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WASHINGTON FONSECA CLAUDINO

VOTO

**A EXMA. SRA. MINISTRA ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE)(Relatora):** Tenho por imperioso reconhecer a inadequação da via eleita, utilizada indevidamente como sucedâneo de recurso especial, pelo que não se faz merecedora de conhecimento a impetração.

As Turmas julgadoras integrantes da eg. 3.^a Seção deste Superior Tribunal de Justiça têm sinalizado a necessidade de racionalização do *habeas corpus*, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal.

As hipóteses de cabimento do *writ* são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso cabível.

Nesse sentido, são os precedentes deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal: HC 156.087/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, HC 108.715, Rel. Min. Marco Aurélio e HC 110.423, HC 107.882 e HC 108.399, estes da relatoria do Ministro Luiz Fux.

Considerando o âmbito restrito do *mandamus*, cumpre analisar apenas se existe manifesta ilegalidade que implique em coação à liberdade de locomoção do paciente.

Na espécie, o juízo de primeiro grau assim justificou seu entendimento quanto à fração aplicada para redução da pena, *in verbis*:

A redução da sanção, indicada no § 4º, do artigo 33 da lei n.º 11.343/06, que dispõe que as penas referentes a este artigo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*poderão sofrer redução de um sexto a dois terços, caso seja o agente primário, de bons antecedentes, e não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa, deve ser aplicada, posto ser o caso do ora imputado. **A redução deve se dar no patamar de metade, pois a quantidade de drogas e porções é de razoável a pequena, longe de quantidade mínima, sendo as drogas cocaína e crack, dos mais gravosos para a saúde pública.** (e-STJ fl. 18)*

Verifica-se que a causa de diminuição de pena foi fixada em metade em razão das circunstâncias concretas da infração - quantidade e diversidade das substâncias entorpecentes apreendidas (73 pedras de crack, 79 invólucros plásticos de crack e 63 supositórios de cocaína com peso total de sessenta e sete gramas e quatro decigramas).

Assim, inexistente o constrangimento ilegal apontado em relação à fração aplicada, pois as instâncias ordinárias obedeceram aos ditames do critério trifásico de aplicação da pena e a regra prevista no art. 42 da Lei n.º 11.343/06.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 NO PATAMAR MÁXIMO. INVIABILIDADE.

1. A jurisprudência desta Corte é firme quanto à inaplicabilidade do princípio da insignificância ao tráfico de drogas.

2. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

3. Na hipótese, houve a aplicação da causa de diminuição da pena no patamar inferior ao máximo legal (dois terços), valendo-se a instância ordinária de suficiente fundamentação, o que afasta a alegação de constrangimento ilegal.

4. Para concluir em sentido diverso, infirmando-se os argumentos expendidos na origem, haveria necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência descabida



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

na via estreita do habeas corpus. Precedentes do STJ e do STF.
5. *Inviável a aplicação do regime aberto ou mesmo do sursis, dada a quantidade de pena imposta ao paciente.*
6. *Ordem denegada.*
(HC 156.543/RJ, Relator Ministro Og Fernandes, DJe 9/11/2011)

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELO JUÍZO SENTENCIANTE, NO PATAMAR DE 1/2. CONFIRMAÇÃO PELO TRIBUNAL A QUO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. ORDEM DENEGADA.

1. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base, quanto na determinação do grau de redução da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

2. Na hipótese, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a variedade e a quantidade das substâncias apreendidas - 65,71g de "maconha" e 16,56g de "merla" - justificam a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3.

3. Não havendo ilegalidade na fixação do quantum a ser reduzido pela minorante do art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, é vedado, na estreita via do habeas corpus, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória.

(HC 178.964/DF, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe de 22/8/2011)

De toda sorte, é inviável realizar nesta sede o reexame de aspectos adstritos ao campo probatório, em especial quando não se apresenta qualquer irregularidade na dosimetria da pena.

Nesse sentido, confira-se:

PENAL. TRÁFICO. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. LEGALIDADE. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. IMPOSIÇÃO DE 1/6.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ALTERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. POSSIBILIDADE DE RECORRER EM LIBERDADE. PEDIDO PREJUDICADO NESTE PARTICULAR.

1. Tendo sido apreendida grande quantidade de drogas (3.975 gramas de cocaína), legitimada está a exasperação da pena-base, conforme os ditames do art. 42 da Lei nº 11.343/2006.

2. Concretamente fundamentada em um sexto a diminuição da pena, na terceira fase da dosimetria, dado o montante de droga, não há ilegalidade manifesta a sanar, demandando revolvimento fático-probatório a imposição de um outro percentual de redução.

3. Mantida a pena final, maior de quatro anos, não é possível a substituição pretendida.

4. Prejudicada, por falta de objeto, a questão do recurso em liberdade, em virtude do trânsito em julgado da condenação.

5. Ordem julgada prejudicada em parte e, no mais, denegada.

(HC 203.199/SP, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 29/06/2012)

No que se refere ao regime prisional, 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.

A esse respeito, confira-se:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 NO PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. IMPOSIÇÃO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO E SUBSTITUIÇÃO DE PENA CORPORAL POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. AVALIAÇÃO EM CONCRETO.

1. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

2. Fica afastado o constrangimento ilegal, quando instância



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordinária vale-se de suficiente fundamentação para a aplicação da causa de diminuição da pena em patamar inferior ao máximo legal (dois terços).

3. Para concluir em sentido diverso, infirmo-se os argumentos expendidos na origem, haveria necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência descabida na via estreita do habeas corpus. Precedentes do STJ e do STF.

4. Com a edição da Lei n.º 11.464/07, que modificou a redação da Lei n.º 8.072/90, derogando a vedação à progressão de regime a crimes hediondos ou equiparados, persistiu-se na ofensa ao princípio da individualização da pena, quando se afirmou que a execução deve iniciar no regime mais gravoso.

5. A Lei não andou em harmonia com o princípio da proporcionalidade, corolário da busca do justo. Isso porque a imposição do regime fechado, inclusive a condenados a penas ínfimas, primários e de bons antecedentes, entra em rota de colisão com a Constituição e com a evolução do Direito Penal. Precedentes.

6. O Supremo Tribunal Federal entendeu possível, já diante da Lei n.º 11.343/06, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ao considerar a inconstitucionalidade de parte do § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos.

7. Ordem parcialmente concedida para que o Juízo de Primeiro Grau ou das Execuções Penais - a depender a existência ou não do trânsito em julgado - reavalie a aplicação do regime prisional, à luz do art.

33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, afastada a vedação do art. 44 da Lei n.º 11.343/06.

(HC 199.619/SP, Relator Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe 27/08/2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. QUANTIDADE DE DROGA. REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, e, com preponderância, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

2. Não há ilegalidade na aplicação do redutor mínimo de 1/6 (um sexto), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dadas a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida com o paciente - mais de um quilo de cocaína.

REGIME PRISIONAL. NARCOTRÁFICO. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI 11.464/07. FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E DESTE STJ. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. MODO MAIS SEVERO JUSTIFICADO. CONSTRANGIMENTO NÃO DEMONSTRADO.

1. Diante da declaração de inconstitucionalidade, pelo Plenário do STF, do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, com a redação que lhe foi conferida pela Lei 11.464/07, que estabelecia o modo inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos delitos hediondos, cometidos após a sua entrada em vigor, o regime prisional para esses tipos de crimes deve agora ser fixado de acordo com o previsto no art. 33, e seus parágrafos, do Código Penal.

2. A gravidade concreta do delito cometido pelo agente, especialmente em razão da quantidade de entorpecente capturado em seu poder, justificam a imposição do regime mais severo para o inicial cumprimento da pena.

2. Ordem denegada.

(HC 239.721/SP, Relator Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 24/08/2012)

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. MEDIDA IMPRESCINDÍVEL À SUA OTIMIZAÇÃO. EFETIVA PROTEÇÃO AO DIREITO DE IR, VIR E FICAR. 2. ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL POSTERIOR À IMPETRAÇÃO DO PRESENTE WRIT. EXAME QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

LEGAL. 3. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME MAIS RIGOROSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO EVIDENTE. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

.....
3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os crimes hediondos e equiparados. Logo, independente de ser o crime hediondo ou a ele equiparado, quando da fixação do regime inicial de cumprimento de pena, deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, **o que não ocorreu no caso em apreço, em que o regime fechado foi estabelecido apenas em razão da gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas, ocasionando ilegalidade manifesta.**

..... 5.
Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido de ofício a fim de fixar o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade imposta ao paciente.
(HC 248.522/SP, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe 03/10/2012)

Além disso, com a publicação da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, foi suprimida a expressão normativa constante do § 4º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/2006, afastando a vedação legal à substituição de pena aos condenados pelo cometimento do delito de tráfico de drogas.

A esse respeito, confira-se:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006. DIMINUIÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. QUANTUM DA DROGA APREENDIDA. ENTENDIMENTO DO ART. 42 DA LEI N.º 11.343/2006. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ÓBICE AFASTADO. RESOLUÇÃO N.º 05/2012 DO SENADO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FEDERAL. REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS A SEREM ANALISADOS PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

.....
VII. O Senado Federal editou a Resolução n.º 05/2012, publicada no DOU de 16/02/2012, suspendendo a execução da expressão normativa constante do § 4º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/2006, afastando a vedação legal à substituição de pena aos condenados pelo cometimento do delito de tráfico de drogas.

VIII. Considerando o teor da Resolução n.º 05/2012 do Senado Federal, publicada no DOU de 16/02/2012, verifica-se a incompatibilidade da concessão deste benefício para o apenado em regime fechado, considerando-se que a pena restritiva de direitos visa, exatamente, evitar o encarceramento.

IX. Evidenciada a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve ser igualmente afastado o óbice à fixação do regime aberto para o cumprimento da pena, a fim de que a referida substituição alcance sua finalidade, com plenitude e sem restrições.

X. Deve ser determinado ao Juízo das Execuções Penais que verifique a presença dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos por lei para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, adequando, ainda, o regime prisional fixado ao paciente para o desconto da reprimenda.

XI. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator.

(HC 175.356/MG, Relator Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 14/08/2012, DJe 20/08/2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. NATUREZA, QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. INAPLICABILIDADE.

CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME MENOS GRAVOSO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

.....
4. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades de cada caso.

5. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. In casu, tendo a reprimenda final alcançado 6 anos e 8 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição. Pelo mesmo raciocínio, também é inviável a concessão do sursis.

6. In casu, a negativa de abrandamento do regime inicial baseou-se, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

7. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso sub judice, uma vez que o Tribunal a quo não analisou os elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, negando a modificação de regime, apenas em atenção ao disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90 (com a nova redação dada pela Lei n.º 11.464/07).

8. Ordem parcialmente concedida, 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 eventual modificação do regime inicial de cumprimento da pena.

(HC 217.931/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 27/08/2012)

Na hipótese, o magistrado singular assim se manifestou quanto ao cumprimento da pena:

O delito de tráfico de drogas é equiparado, por lei, a crime hediondo, seno intrinsecamente grave e especialmente deletério



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

à sociedade. O réu deverá, assim, e por força de norma legal, cumprir a sanção em regime inicialmente fechado, por prazo diferenciado, nos termos da lei n.º 11.464/07, ou seja, dois quintos da pena. a lei vedava expressamente a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos no tráfico de drogas. Tal vedação, efetivamente, não deveria constar da norma legal, como fórmula automática, sob pena de retirar do julgador a sua liberdade de decidir no caso concreto.

.....
O regime imposto legalmente, o fechado, não faz permitir, in casu, qualquer substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. (e-STJ fl. 19)

O Tribunal bandeirante manteve a sentença em todos os seus fundamentos, acrescentando que "As penas alternativas não devem ser aplicadas não só pela própria hediondez do crime, que recomenda maior rigor no escarmento, mas também porque a Lei nº 11.343/06 expressamente veda a benesse aos traficantes, nos precisos termos do que dispõe o seu artigo 44, *caput*." (e-STJ fl. 32).

Diante disso, verifica-se que a negativa de abrandamento do regime inicial e a vedação à substituição da pena estão baseadas, exclusivamente, na hediondez do delito e nos óbices legais, em clara afronta ao entendimento anteriormente exposto e **configurando o apontado constrangimento ilegal.**

Como dito, a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes está superada pelo moderno entendimento jurisprudencial, que prioriza a avaliação do caso com base em elementos concretos e à luz do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Do mesmo modo a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes foi afastada pela própria disposição legal.

Contudo, tendo em vista o superveniente trânsito em julgado, deve-se reservar o exame do caso à instância ordinária, cabendo ao magistrado das execuções avaliar o caso concreto de acordo com os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

parâmetros estabelecidos pelos arts. 33 e 44, do Código Penal, o que não ocorreu na espécie.

Ante o exposto, não conheço da impetração. De ofício, e em consonância com o parecer ministerial, concedo a ordem, para afastar a obrigatoriedade do regime fechado para início de cumprimento da pena e o óbice à sua substituição, determinando que o Juiz das Execuções examine a possibilidade de fixação de regime menos gravoso e conversão da pena, com base nas circunstâncias do caso concreto.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Determino a juntada dos documentos obtidos mediante consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de origem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0068030-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 266.299 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00156380620128260050 156380620128260050 20120000637699

EM MESA

JULGADO: 04/06/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/PE)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WASHINGTON FONSECA CLAUDINO

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 pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Senhora Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Assusete Magalhães votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.