



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 270.097 - SP (2013/0141221-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
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 : WILLIAM DOS SANTOS
PACIENTE : CLÁUDIO OSMAR DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, INCISO III, DA LEI N.º 11.343/06. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. PROVA PERICIAL. DESNECESSIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. IMPOSSIBILIDADE. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL OCORRÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO *IN CONCRETO* DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.
2. As instâncias de origem concluíram, com base em elementos concretos dos autos, que a hipótese de incidência da majorante do art. 40, inciso III, da Lei Antidrogas restou configurada, porquanto os pacientes teriam sido flagrados praticando tráfico ilícito de entorpecentes em local próximo a estabelecimento de ensino. Entendimento diverso constitui matéria de fato, não de direito, demandando exame amplo e profundo do elemento probatório, acarretando incursão na seara fático-probatória, inviável em sede de *habeas corpus*, via angusta por excelência. Para a incidência da majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006 é desnecessária a produção de prova pericial.
3. Devidamente fundamentada a dosimetria, no tocante, especificamente, à causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, diante da quantidade e da diversidade de drogas - 54 pedras de *crack* e 12 papелotes de cocaína - o *quantum* de redução aplicado fica indene ao crivo do *habeas corpus*, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.
4. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

5. *In casu*, o regime inicial fechado foi fixado com base, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

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

7. *Habeas corpus* 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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 02 de outubro de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 270.097 - SP (2013/0141221-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
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 : WILLIAM DOS SANTOS
PACIENTE : CLÁUDIO OSMAR DA SILVA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de William dos Santos e Cláudio Osmar da Silva contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 0104900-98.2011.8.26.0050).

Depreende-se dos autos que os paciente foram condenados, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, c.c art. 40, inciso III, ambos da Lei n.º 11.343/06. Confirmam-se os termos do *decisum*, no que interessa:

(...) A causa de aumento de pena do art. 40, inc. III, da mesma lei, restou igualmente demonstrada, já que não há dúvidas de que o tráfico praticado pelos réus ocorreu nas imediações do colégio "Marlene Árdua". Neste sentido foram os relatos dos policiais militares, não sendo necessária, como alegado pela defesa, a realização de prova pericial para a comprovação da majorante. Destarte, devem os réus ser condenados pela prática do crime do art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 e absolvidos da imputação da prática do crime do art. 35 da mesma lei. Passo à dosagem das penas. Os réus são primários, sem antecedentes criminais (cf. FA e certidões juntadas no apenso de antecedentes). Considerando, portanto, que as circunstâncias dos arts. 59 do Código Penal e 42 da Lei n.º 11.343/06 não lhes são desfavoráveis, fixo as penas-base para cada réu em seu mínimo legal, ou seja, 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. Não há circunstâncias atenuantes ou agravantes a serem consideradas. A causa de aumento de pena prevista no art. 40, inc. III, da Lei n.º 11.343/06 compensa-se com a causa de redução de pena do art. 33, § 4º da mesma lei - réus primários, de bons antecedentes, nada havendo nos autos a indicar que se dediquem às atividades criminosas ou integrem organização criminosa - tendo em vista que possuem os mesmos percentuais de aumento e redução, razão pela qual as penas definitivas do crime praticado pelos réus permanecem em de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. Fixo cada dia-multa no mínimo legal, ou seja, 1/30 do salário mínimo (art. 43, Lei n.º 11.343/06). O regime inicial de cumprimento das penas privativas de liberdade será o fechado, nos termos do art. 2º, § 1º da Lei n.º 8.072/90. E em se tratando o tráfico de entorpecentes de crime equiparado a hediondo, sujeito ao regime inicial fechado e cujas consequências no fomento do vício e do crime organizado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

são indiscutíveis, não há que se cogitar, além da quantidade da pena fixada não permitir, da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, diante da absoluta incompatibilidade entre a natureza do crime e o instituto da substituição. A substituição, na hipótese, não se mostra suficiente à prevenção e repressão do grave delito praticado, nos termos do art. 44, inc. III, do Código Penal. Pelo exposto, JULGO PROCEDENTE EM PARTE a pretensão punitiva estatal e CONDENO CLÁUDIO OSMAR DA SILVA e WILLIAM DOS SANTOS, qualificados nos autos, por infração ao art. 33, caput, c.c. art. 40, inc. III, ambos da Lei nº 11.343/06, às penas de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. ABSOLVO os réus da imputação da prática do crime tipificado no art. 35 da Lei nº 11.343/06, com fundamento no art. 386, inc. VII, do Código de Processo Penal. Mantenho a prisão preventiva do acusado, nos termos da decisão proferida nos autos de comunicação de prisão em flagrante (apenso), que converteu sua prisão em flagrante em prisão preventiva, que fica mantida por seus próprios fundamentos. Com efeito, tendo os réus permanecido presos desde sua prisão em flagrante, não se justifica que neste momento processual, com sua condenação pelo grave crime de tráfico de drogas, sejam colocados em liberdade, mesmo porque os motivos que ensejaram a conversão de sua prisão em flagrante em prisão preventiva ainda persistem. Recomendem-se os réus na prisão onde se encontram e, após o trânsito em julgado, lancem-se seus nomes no rol dos culpados. (...) (fls. 27/29).

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de origem negou provimento, *in verbis*:

(...)

Diante de tal cenário, o édito condenatório, nos moldes como lançado, era mesmo imperativo.

No mais, bem reconhecida a causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III da Lei 11.343/06, isto porque o delito foi cometido nas imediações de estabelecimento de ensino.

As penas aplicadas não comportam modificação. Sopesadas as circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, a pena-base foi bem fixada no mínimo legal aos apelantes. Na fase intermediária, ausentes atenuantes e agravantes. Ao final, com acerto, houve a compensação da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/2006, com o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, o que ensejou nas penas lançadas na r. sentença, não merecendo reparos.

De fato, não era o caso de aplicação da causa especial de diminuição de pena (artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06) no patamar máximo, fração de 2/3 (dois terços), em virtude da quantidade e variedade de droga apreendida (maconha, “crack” e cocaína).

O regime prisional fixado, qual seja, o inicial fechado, deve prevalecer, levando-se em conta a Lei 11.464, de 28 de março de 2007, que alterou a redação do artigo 2º da Lei 8072/90, permitindo a progressão de regime aos condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados.

Desse modo, inviável, a fixação de regime mais brando para o cumprimento da reprimenda, tendo em vista que o fechado é o único capaz de prover ressocialização aos increpados, tendo em vista que suas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

limitações são as mais rigorosas possíveis, ensejando a reflexão e a repressão do impulso delitivo.

Por fim, não são recomendáveis a substituição ou a suspensão condicional da pena, por não serem suficientes para o caso em tela, vez que crime assemelhado a hediondo, demandando maior rigor punitivo.

Do exposto, **NEGO PROVIMENTO AO APELO DEFENSIVO**, mantendo-se a r. sentença condenatória, por seus próprios e jurídicos fundamentos (fls. 57/58).

Sustentam os impetrantes, em suma, constrangimento ilegal decorrente da aplicação da causa de aumento de pena do artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06 e da aplicação, em patamar inferior ao máximo, da causa de diminuição do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, compensada com a majorante.

Aduzem, nesse passo, que não tem incidência a majorante, à falta de laudo pericial que comprove a distância entre o local dos fatos e a escola referida, não bastando, para tanto, a prova oral.

Alegam, também, que não foi encontrada vultosa quantidade de drogas que possa impedir a aplicação do redutor no grau máximo, e que o paciente é primário e possui bons antecedentes.

Apontam, outrossim, constrangimento ilegal decorrente da fixação do regime fechado para o início do cumprimento da pena e da negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Argumentam, para tanto, que a obrigatoriedade do regime inicial fechado e a vedação legal à substituição da pena nos crimes equiparados a hediondos foram declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, estando preenchidos os requisitos previstos legais para a concessão dos benefícios.

Requerem a concessão de medida liminar para que o paciente seja posto em liberdade até o julgamento do *writ* e, ao final, a concessão da ordem para que seja afastada a majorante, aplicada a minorante, substituída a pena e fixado regime diverso do fechado.

A liminar foi indeferida às fls. 69/70.

Foram prestadas informações às fls. 78/85 e 88/113.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Durval Tadeu Guimarães, pelo não conhecimento do *writ* (fls. 116/117).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 270.097 - SP (2013/0141221-4)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, INCISO III, DA LEI N.º 11.343/06. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. PROVA PERICIAL. DESNECESSIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. IMPOSSIBILIDADE. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL OCORRÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO *IN CONCRETO* DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.
2. As instâncias de origem concluíram, com base em elementos concretos dos autos, que a hipótese de incidência da majorante do art. 40, inciso III, da Lei Antidrogas restou configurada, porquanto os pacientes teriam sido flagrados praticando tráfico ilícito de entorpecentes em local próximo a estabelecimento de ensino. Entendimento diverso constitui matéria de fato, não de direito, demandando exame amplo e profundo do elemento probatório, acarretando incursão na seara fático-probatória, inviável em sede de *habeas corpus*, via angusta por excelência. Para a incidência da majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006 é desnecessária a produção de prova pericial.
3. Devidamente fundamentada a dosimetria, no tocante, especificamente, à causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, diante da quantidade e da diversidade de drogas - 54 pedras de *crack* e 12 papelotes de cocaína - o *quantum* de redução aplicado fica indene ao crivo do *habeas corpus*, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.
4. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos de reclusão, não é possível a pretendida substituição.
5. *In casu*, o regime inicial fechado foi fixado com base, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.
6. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

7. *Habeas corpus* 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

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

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

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

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

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

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

Constata-se que as instâncias de origem concluíram, com base em dados concretos dos autos, que a hipótese de incidência da majorante do art. 40, inciso III, da Lei Antidrogas restou plenamente configurada, porquanto os pacientes teriam sido flagrados praticando tráfico ilícito de entorpecentes em local próximo a estabelecimento de ensino.

O Juízo de primeiro grau consignou que "a causa de aumento de pena do art. 40, inc. III, da mesma lei, restou (...) demonstrada, já que não há dúvidas de que o tráfico praticado pelos réus ocorreu nas imediações do colégio 'Marlene Árdua'. Neste sentido foram



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

os relatos dos policiais militares, não sendo necessária, como alegado pela defesa, a realização de prova pericial para a comprovação da majorante" (fl. 28).

Salientou a Corte de origem, por sua vez, que foi "bem reconhecida a causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III da Lei 11.343/06, isto porque o delito foi cometido nas imediações de estabelecimento de ensino" (fl. 57).

Dessarte, não há como proceder ao afastamento causa especial de aumento de pena. Isso porque o aresto impugnado foi devidamente fundamentado, com fulcro nos elementos probatórios intrínsecos aos autos.

Assim, a mim me parece que o objeto do pedido acerca do afastamento da causa de acréscimo de pena constitui matéria de fato, não de direito, visto que a inversão do decidido depende de um exame amplo e profundo do elemento probatório, a fim de se firmar um entendimento diverso do adotado pelo Tribunal *a quo*.

Com efeito, consideração contrária ao ventilado no acórdão, fora dos aspectos objetivos tratados, acarretaria em incursão na seara fático-probatória, inviável em sede de *habeas corpus*, via angusta por excelência.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. ATENUANTE DA CONFISSÃO E DA MENORIDADE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 NO PATAMAR MÁXIMO. CONSIDERÁVEL QUANTIDADE DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. TRANSNACIONALIDADE E INFRAÇÃO COMETIDA NO INTERIOR DE TRANSPORTE PÚBLICO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. *MUTATIO LIBELLI*. INOCORRÊNCIA.

1. A existência de circunstâncias atenuantes não pode conduzir a pena abaixo do mínimo legal. Inteligência da Súmula 231/STJ.

2. A considerável quantidade de entorpecente é justificativa idônea para afastar a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 o patamar máximo previsto na norma de regência.

3. No caso, a paciente foi presa em flagrante quando trazia consigo, sob suas vestes, 872,96 g de cocaína (acondicionada em 80 cápsulas), advinda da Bolívia. Assim, não há ilegalidade na fixação do percentual inferior a 2/3 (dois terços).

4. É aplicável as causas de aumento da transnacionalidade e da infração cometida nas dependências de transporte público (art. 40, I e III, da Lei nº 11.343/06), uma vez que as instâncias de origem reconheceram que a paciente recebeu droga da Bolívia e que a transportava em um ônibus coletivo.

5. Para concluir em sentido diverso, haveria necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência descabida na via estreita do *habeas corpus*. Precedentes do STJ.

6. De se ver que "conforme entendimento desta Corte Superior, sendo a droga encontrada em transporte coletivo público, tal fato se mostra



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

suficiente para a caracterização da causa de aumento prevista no art. 40, III da Lei 11.343/06" (AgRg no REsp 1.209.382/MS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 3/5/2011, DJe 26/5/2011).

7. O Tribunal de origem, em sede de apelação da acusação, consignou que "consta da denúncia e restou de todo provado o fato de que a ré transportava a droga em um ônibus da Viação São Luiz" (e-fl. 54), reconhecendo a causa de aumento do art. 40, III, da Lei nº 11.343/2006, não havendo que se falar em *mutatio libelli*, haja vista que houve pedido expresso, nesse sentido, no recurso interposto pelo *Parquet*.

8. Ordem denegada.

(HC 124.471/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 19/09/2011)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, C.C. O ART. 40, INCISOS I E III, AMBOS DA LEI N.º 11.343/2006. TRANSNACIONALIDADE DEMONSTRADA PELO CONTEXTO FÁTICO DOS AUTOS. CRIME PRATICADO DENTRO DE TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO. APLICAÇÃO, PELO MAGISTRADO, DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, INCISO III, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. ALEGADA AUSÊNCIA DE INTENÇÃO DO AGENTE DE SE VALER DA AGLOMERAÇÃO DE PESSOAS PARA A DISSEMINAÇÃO DA DROGA. IRRELEVÂNCIA. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUALIDADE DA DROGA APREENDIDA EM PODER DO PACIENTE E MAUS ANTECEDENTES. FIXAÇÃO DA REPRIMENDA DEVIDAMENTE MOTIVADA. ORDEM DENEGADA.

1. As instâncias ordinárias, soberanas na análise da prova, apresentaram fundamentos suficientes para justificar o reconhecimento da transnacionalidade do delito, baseados em indícios concretos de que a droga era oriunda de outro país, tendo em vista o contexto fático apresentado nos autos. Conclusão em contrário demandaria aprofundado exame do contexto probatório dos autos, inviável nesta ação mandamental.

2. Restando comprovado o tráfico ilícito de entorpecentes em transporte público, não se constata a arguida ilegalidade na aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006.

3. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 é expresso 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' (grifei). Não se trata de violação ao princípio do *ne bis in idem*, mas apenas da utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos. Com efeito, no primeiro momento da dosimetria, os critérios do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 servem para fundamentar a pena-base, enquanto no último momento do sistema trifásico, os mesmos parâmetros serão utilizados para se estabelecer o percentual de redução a ser aplicado em razão da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas.

4. O Magistrado sentenciante, no que foi referendado pela Corte *a quo*, examinando as circunstâncias judiciais do caso concreto, afirmou que a qualidade da droga (440 g de cocaína) trouxe maior grau de censurabilidade à conduta do Paciente, razão pela qual fixou a pena-base



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acima do mínimo legal.

5. A pena-base foi fixada acima do mínimo legal por mais um motivo idôneo: uma das circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal foi considerada, no caso concreto, desfavorável ao Apenado: os maus antecedentes.

6. Ainda que o Tribunal *a quo* tenha agregado à decisão de primeiro grau novos fundamentos para justificar a exasperação da pena-base, os fundamentos apresentados pelo Juízo sentenciante são, por si sós, suficientes para manter a majoração da pena-base no patamar de 01 (um) ano e 08 (oito) meses acima do mínimo legal fixado na sentença condenatória.

7. Outrossim, 'justificada e razoável a dosimetria utilizada pelo magistrado para fixar a pena-base, não se permite, em sede de *habeas corpus*, rever o conjunto probatório para examinar a justiça da exasperação' (STJ, HC 58.493/RJ, 6.^a Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA, DJ de 24/09/2007).

8. Ordem denegada.

(HC 156.343/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 01/08/2011)

Outrossim, para a incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006, ao contrário do que alegam os impetrantes, é desnecessária a produção de prova pericial.

Quanto ao patamar de diminuição, na terceira fase da dosimetria, não há nada a retificar no acórdão atacado, porquanto o estabelecimento da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em fração inferior à máxima não se mostrou, de modo flagrante, arbitrário.

As instâncias de origem entenderam ser razoável, diante das circunstâncias do caso concreto, a aplicação da benesse em patamar inferior ao máximo, diante da quantidade e da diversidade das drogas apreendidas - 54 pedras de *crack* e 12 papелotes de cocaína (fl. 18) - o que não configura manifesta ilegalidade.

Com efeito, é este o espírito da Lei Antidrogas, que dispõe:

"Art. 42. 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."

Dessarte, diante da quantidade e da variedade das drogas encontradas em poder dos pacientes, não há falar em ilegalidade na aplicação do referido redutor em fração inferior à máxima. Ademais, fixar outro montante de redução demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com a via angusta do *habeas corpus*:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe de 22.8.2011)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. APLICAÇÃO DA MINORANTE EM METADE. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VIABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E STF.

1. O Tribunal Estadual, ao aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, estabeleceu, de forma motivada e proporcional, o coeficiente em 1/2 (metade), dada a quantidade de droga apreendida e a forma de seu acondicionamento - ressalte-se, 5, 7 (cinco gramas e sete decigramas) de cocaína, divididos em 15 (quinze) porções.

2. Esta Corte tem decidido, em casos semelhantes, que tais circunstâncias justificam uma redução de pena diversa do patamar máximo de 2/3 (dois terços).

3. Impende ressaltar que, estando devidamente fundamentada a opção pelo coeficiente de 1/2 (metade), não há como, na via estreita do writ, operar-se revolvimento nos elementos de prova.

(HC 178.160/MG, Sexta Turma, de minha relatoria, DJ e de 11.10.2010)

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. (...). CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. PLEITO DE INCIDÊNCIA DO REDUTOR EM SEU PATAMAR MÁXIMO. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE SOPESADA PARA AFASTAR A POSSIBILIDADE DA DIMINUIÇÃO DA PENA EM EM 2/3. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. MAIORES INCURSÕES QUE DEMANDARIAM REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-COMPROBATÓRIO. ORDEM DENEGADA.

(...)

IV. O § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 apenas elenca os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pressupostos exigidos do réu para obtenção de tal benesse, estipulando que a pena poderá ser reduzida de 1/6 a 2/3, sem contudo, deduzir os parâmetros a serem considerados quando da aplicação da minorante.

III. Compete ao Julgador, após a análise dos requisitos estipulados no art. 42 da Lei de Tóxicos, fixar quantum de redução de pena pertinente ao caso, levando em conta o montante de droga que restou apreendido em posse do agente.

IV. Tendo o Colegiado de origem considerado a quantidade de entorpecente apreendido ao reduzir a pena em 1/6 (um sexto), não há que se falar em arbitrariedade a ser sanada a via do writ.

V. Maiores incursões acerca da dosimetria da pena que demandariam a análise detida do conjunto fático-comprobatório, o que é vedado em sede de habeas corpus.

(HC 179.086/SP, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJe de 14.4.2011)

Da Suprema Corte, colho o seguinte julgado:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. (...). TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006). DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PENA REDUZIDA EM 1/3 (UM TERÇO) EM DECISÃO FUNDAMENTADA NA PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL DO PACIENTE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER NA DOSIMETRIA DA PENA. ORDEM DENEGADA.

1. O habeas corpus, ação autônoma de impugnação, não é admissível como substitutivo do recurso próprio, in casu, o RHC, tampouco para aferir a exatidão da dosimetria da pena.

2. A causa especial de diminuição de pena de que trata o § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 pode ser aplicada em apenas 1/3 (um terço), num intervalo de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), com fundamento na personalidade e conduta social do paciente, que é critério preponderante fixado na lei, revelando a justeza da sanção no caso concreto. Precedentes: HC 98.900, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 30/11/2010 e HC 94.559, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 04/11/2010).

3. In casu, o paciente foi condenado à pena-base no mínimo legal, aplicada a causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 em 1/3 (um terço), em razão do envolvimento anterior do paciente com entorpecentes e com pessoas que lidam com o comércio de drogas.

4. Deveras, eventual redimensionamento da pena com base na prova dos autos implicaria revolvimento do contexto fático-probatório, inviável em sede de writ.

(HC 100.800/RJ, Relator Ministro Luiz Fux, DJe de 13.9.2011)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No mais, mister 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 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 expendido, no sentido de ser inconstitucional o dispositivo da Lei n.º 11.343/2006 que veda a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Constata-se, entretanto, que não se afigura possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A título ilustrativo, imperativo transcrever o comando de regência da matéria, previsto no Código Penal:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

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 dos pacientes restou fixada em 5 anos de reclusão, ultrapassando, portanto o limite legal para incidência da benesse nos crimes dolosos. Assim, de acordo com a disciplina do instituto da pena restritiva de direitos, tem-se como inviável o atendimento da pretensão deduzida no presente *writ*.

Nesta senda:

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

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

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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

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

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENAS SUPERIORES A QUATRO ANOS. IMPOSIÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. RÉUS PRIMÁRIOS E SEM MAUS ANTECEDENTES. IMPROPRIEDADE. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2º, ALÍNEA B, E § 3º DO CÓDIGO PENAL.

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

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

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

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

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

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

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

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, razão assiste aos impetrantes.

Com efeito, verifica-se que o regime inicial fechado foi fixado, exclusivamente, com base na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Consoante esposado alhures, tal óbice legal foi declarado inconstitucional 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.

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0141221-4

HC 270.097 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0104900982011 01049009820118260050 104900982011 1049009820118260050
20120000679648

EM MESA

JULGADO: 02/10/2014

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

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	: WILLIAM DOS SANTOS
PACIENTE	: CLÁUDIO OSMAR DA SILVA

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 Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.