



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 347.270 - SP (2016/0012516-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : MAURO HENRIQUE CENCO
ADVOGADO : MAURO HENRIQUE CENÇO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARLOS DANIEL PEREIRA DE OLIVEIRA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

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

2. 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, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

3. 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.

4. Devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado pelo Juízo de primeira instância, com base nas circunstâncias do caso concreto, considerando-se a quantidade de drogas e os objetos apreendidos - 225 cápsulas plásticas transparentes de cocaína, pesando cerca de 194,110 g, 1 porção de cocaína acondicionada em um plástico verde, pesando cerca de 127,050 g, 1 saco plástico contendo 248 cápsulas tipo *eppendorf* vazias e um aparelho de telefone celular, mais 1 sacola plástica contendo 26 (vinte e seis) cápsulas plásticas de cocaína, tipo *eppendorf*, pesando cerca de 28,360 g, 14 cartuchos intactos de calibre 38, uma sacola plástica contendo 1.000 cápsulas vazias tipo *eppendorf*, uma balança eletrônica de precisão, cor branca, marca DIAMOND e ainda um revólver calibre 38, cano de 4 polegadas, 16 cartuchos intactos, calibre 38, um aparelho de telefone celular, marca Motorola, cor preta, e R\$ 71,00 - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

5. *Habeas corpus* não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 05 de abril de 2016(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 347.270 - SP (2016/0012516-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : MAURO HENRIQUE CENCO
ADVOGADO : MAURO HENRIQUE CENÇO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARLOS DANIEL PEREIRA DE OLIVEIRA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de CARLOS DANIEL PEREIRA DE OLIVEIRA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 0014962-14.2012.8.26.0291).

Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 166 dias-multa, pela prática do crime de tráfico de drogas.

O Tribunal *a quo* negou provimento ao apelo da defesa e deu provimento ao recurso do Ministério Público para elevar a pena a 5 anos de reclusão, além do pagamento de 500 dias-multa, mantendo, no mais, os termos da sentença. Confira-se o teor do aresto ora combatido (fls. 18/20):

Incontroversa a autoria, porque o réu a confessou sob o crivo do contraditório (fls. 163-164), sendo confirmada a confissão pelos elementos de prova (fls. 33-37, 38-43, 110-121, 127 e 165-166), cinge-se o apelo ao inconformismo do Ministério Público quanto ao cálculo da pena e, da parte do réu, no que concerne ao regime de cumprimento.

Isso porque, o magistrado singular não elevou a pena-base em razão da quantidade de droga apreendida - 221,75 gramas de cocaína (fls. 126-127) - e reduziu ao máximo a sanção em razão do reconhecimento do tráfico privilegiado - artigo 33, § 4.º, da 11.343/06.

De início, observe-se que a quantidade da droga apreendida - 221,75 gramas de cocaína (fls. 126-127) - poderia levar à prática de centenas de delitos de uso próprio, envolvendo outras tantas pessoas nessa atividade ilícita. Dessa forma, a possibilidade dessas consequências, a indiferença do agente quanto a esse resultado, são fatores que revelam a personalidade voltada à prática criminoso e avessa ao ordenamento jurídico. Essas circunstâncias do fato podem motivar exasperação da pena-base, nos moldes do artigo 59 do Código Penal, sendo cabível a elevação de 1/6. Contudo, o acusado confessou os crimes, havendo compensação da elevação com essa atenuante, mantendo-se a pena no mínimo de 5 anos e 500 dias-multa.

Ademais disso, nas circunstâncias destes autos, deve ser vedada a redução prevista no artigo 33, § 4.º, da Lei 11.343/06.

Além da considerável quantidade de cocaína, apreendeu-se arma de fogo, balança de precisão e grande quantidade de embalagens, o que revela dedicação à atividade criminoso, motivo para se vedar a redução.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O regime inicial fechado, por decorrência da pena ora fixada, está adequado à nova redação do parágrafo 2.º, artigo 2.º, da Lei n.º 8.072/90, trazida pela Lei n.º 11.464/2007, mormente em se considerando, ainda, a condenação pelo outro delito.

Em face desses motivos, nega-se provimento ao recurso da defesa e dá-se parcial provimento ao recurso do Ministério Público, elevando-se a pena a cinco (5) anos de reclusão e pagamento de quinhentos (500) dias-multa para o crime de tráfico, mantendo-se, no mais, a respeitável sentença recorrida.

Nesta via, pretende-se, inclusive em sede de liminar: a) a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06; b) a fixação de regime prisional menos gravoso (semiaberto ou aberto); c) a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida às fls. 26/29.

Foram prestadas informações às fls. 34/39, 37/60 e 62/64.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral Lindôra Maria Araujo, pelo não conhecimento do *writ* ou pela denegação da ordem (fls. 77/84).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 347.270 - SP (2016/0012516-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

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

2. 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, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

3. 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.

4. Devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado pelo Juízo de primeira instância, com base nas circunstâncias do caso concreto, considerando-se a quantidade de drogas e os objetos apreendidos - 225 cápsulas plásticas transparentes de cocaína, pesando cerca de 194,110 g, 1 porção de cocaína acondicionada em um plástico verde, pesando cerca de 127,050 g, 1 saco plástico contendo 248 cápsulas tipo *eppendorf* vazias e um aparelho de telefone celular, mais 1 sacola plástica contendo 26 (vinte e seis) cápsulas plásticas de cocaína, tipo *eppendorf*, pesando cerca de 28,360 g, 14 cartuchos intactos de calibre 38, uma sacola plástica contendo 1.000 cápsulas vazias tipo *eppendorf*, uma balança eletrônica de precisão, cor branca, marca DIAMOND e ainda um revólver calibre 38, cano de 4 polegadas, 16 cartuchos intactos, calibre 38, um aparelho de telefone celular, marca Motorola, cor preta, e R\$ 71,00 - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Destaco, inicialmente, que se trata de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, o que impede o seu conhecimento. Cabe avaliar, de qualquer sorte, a existência de ilegalidade patente, a ensejar a concessão de ordem de ofício.

Mister sublinhar que o art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

Na espécie, verifica-se que a Corte de origem, com arrimo nos fatos da causa, negou a incidência da causa especial de redução de pena à espécie por entender que o paciente se dedicava às atividades criminosas.

Dessarte, afigura-se inviável a aplicação do aludido redutor, uma vez que tal conclusão não pode ser revista sem o necessário revolvimento no acervo fático-probatório, o que não se admite em sede de *habeas corpus*, via angusta por excelência.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do(a) acusado(a), que não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.

2. No caso vertente, não obstante a paciente seja primária e possuidora de bons antecedentes, o juiz sentenciante afastou a aplicação da causa especial de diminuição de pena com base nas circunstâncias do caso concreto, as quais o levaram a acreditar que ela se dedicava a atividades delituosas, notadamente ao cometimento do narcotráfico.

3. Para se afastar a conclusão das instâncias ordinárias, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência essa que, como cediço, é vedada na via estreita do *habeas corpus*.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 291.540/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/08/2014, DJe 26/08/2014)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (...) CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA ÀS ATIVIDADES



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CRIMINOSAS E INTEGRAVA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. (...)

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 revisão criminal.

(...)

3. Concluído pelas instâncias ordinárias, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava às atividades criminosas e integrava organização criminosa denominada Comando Vermelho, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

(...)

8. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, somente em relação ao paciente JEFERSON ARILSON DA SILVA PASSOS, 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.

(HC 261.282/RJ, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2014, DJe 09/04/2014)

Do Supremo Tribunal Federal, colho os seguintes julgados:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES (ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, I, DA LEI 11.343/2006). CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. AFASTAMENTO PELO JUÍZO SENTENCIANTE E PELO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. ANÁLISE DA DEDICAÇÃO DO PACIENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA OU DE SER INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. NECESSIDADE DO REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. (...)

(...)

3. A causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da lei 11.343/06 está condicionada ao preenchimento, cumulativo, dos requisitos legais: primariedade, bons antecedentes e agente que não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

4. A análise da dedicação, ou não, do agente com atividade criminosa demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via do habeas corpus. Precedentes: RHC 105.150, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 04.05.12; HC 101.265, Segunda Turma, Red. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, DJe de 06.08.12; RHC 107.860, Primeira Turma, Rel. a Min. Rosa Weber, DJe de 25.09.12.

5. A conduta social do réu, o concurso de agentes, a quantidade e a natureza do entorpecente, os apetrechos utilizados e as circunstâncias em que a droga foi apreendida podem constituir o amparo probatório para o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

magistrado reconhecer a dedicação do réu à atividade criminosa. Precedentes: RHC 94.806/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 16/04/2010; HC 116.541/ES, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 6/6/2013; HC 98.366/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 5/2/2010.

(...)

9. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido. Ordem concedida, de ofício, para determinar ao Juízo processante ou, se for o caso, ao Juízo da execução penal, que, afastado o óbice constante do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, verifique se o paciente preenche, ou não, os requisitos necessários à fixação do regime diverso de fechado.

(RHC 121092, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2014, DJe-088 DIVULG 09-05-2014 PUBLIC 12-05-2014)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. INCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO STJ. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRECEDENTES. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA, MAS DENEGADA.

1. A não aplicação da causa de diminuição da pena do § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06 pressupõe a demonstração pelo juízo sentenciante da existência de um conjunto probatório apto a afastar a configuração de alguma das hipóteses descritas no preceito legal (a) primariedade; (b) bons antecedentes; (c) não dedicação a atividades criminosas; e (d) não integração à organização criminosa.

2. No caso, as instâncias ordinárias concluíram, com base nos elementos de provas colhidos sob o crivo do contraditório, que o paciente se dedicaria à atividades criminosas, em especial à prática do crime de tráfico de drogas. Nesse contexto, revela-se inviável a utilização do habeas corpus para o revolvimento do conjunto fático-probatório, a fim de reexaminar o que decidido pelas instâncias ordinárias.

3. O acórdão impugnado não apreciou os fundamentos invocados na impetração no que concerne ao regime inicial de cumprimento da pena. Desse modo, qualquer juízo desta Corte sobre a matéria implicaria indevida supressão de instância e contrariedade à repartição constitucional de competências. Precedentes.

4. Ordem parcialmente conhecida, mas denegada.

(HC 111607, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/10/2013, DJe-205 DIVULG 15-10-2013 PUBLIC 16-10-2013)

Outrossim, cumpre 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* :



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 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 nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.

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

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

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

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

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, com a redação dada pela Lei n.º 11.464/07, o qual determina que *"a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado"*. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito **ex nunc**, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado." (HC n.º 111.840/ES; Relator(a): Ministro Dias Toffoli; Julgamento: 27/06/2012; Tribunal Pleno)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, restaram superadas pelos Tribunais superiores 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, contudo, que, na espécie, 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 culposos; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

No caso em tela, a reprimenda final do paciente 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 SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. (...) SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. INVIABILIDADE. PENA IMPOSTA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. (...) HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

- Mantida condenação em 5 (cinco) anos de reclusão, não há como acolher do pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, uma vez que ausentes os requisitos do art. 44, I, do Código Penal.

(...)

(HC 253.002/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 16/10/2014, DJe 03/11/2014)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS EVIDENCIADA. REGIME MAIS BRANDO. POSSIBILIDADE EM TESE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

(...)

5. Mostra-se inviável proceder-se à substituição da pena privativa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade por restritiva de direitos, pois o paciente foi condenado a reprimenda superior a 4 anos, fora, portanto, do limite objetivo previsto no inciso I do artigo 44 do Código Penal.

6. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, apenas para que o Juízo das Execuções proceda à análise do caso concreto, aferindo a eventual possibilidade de fixar ao paciente regime inicial mais brando de cumprimento de pena, à luz do artigo 33 do Código Penal.

(HC 297.406/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/10/2014, DJe 03/11/2014)

No tocante ao regime inicial de cumprimento de pena, melhor sorte não assiste ao paciente.

Na espécie, verifica-se que o regime inicial fechado foi fixado pelo Juízo de primeira instância em razão das circunstâncias do caso concreto. Com efeito, destacou o Magistrado a quantidade de drogas e os objetos apreendidos - 225 cápsulas plásticas transparentes de cocaína, pesando cerca de 194,110 g, 1 porção de cocaína acondicionada em um plástico verde, pesando cerca de 127,050 g, 1 saco plástico contendo 248 cápsulas tipo *eppendorf* vazias e um aparelho de telefone celular, mais 1 sacola plástica contendo 26 (vinte e seis) cápsulas plásticas de cocaína, tipo *eppendorf*, pesando cerca de 28,360 g, 14 cartuchos intactos de calibre 38, uma sacola plástica contendo 1.000 cápsulas vazias tipo *eppendorf*, uma balança eletrônica de precisão, cor branca, marca DIAMOND e ainda um revólver calibre 38, cano de 4 polegadas, 16 cartuchos intactos, calibre 38, um aparelho de telefone celular, marca Motorola, cor preta, e R\$ 71,00 (fl. 45).

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

Nesse diapasão, o referido Juízo entendeu ser necessária uma resposta penal mais efetiva, como forma de retribuição proporcional à gravidade da conduta, porquanto as circunstâncias do caso em testilha demonstram que regime inicial mais brando não seria suficiente para a reprovação e a prevenção do delito em comento.

Assim, devidamente fundamentada a fixação do regime inicial fechado, com base em dados concretos constantes dos autos, não há ilegalidade a ser sanada. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. TEMA NÃO ENFRENTADO NA ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. NATUREZA, QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS DROGAS. REGIME DIVERSO DO FECHADO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. NATUREZA, QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

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. O tema referente ao pleito de aplicação da atenuante da confissão espontânea não foi apreciado pelo Tribunal a quo, o que impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

3. O estabelecimento do redutor na fração de 1/3 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, dada a natureza, a quantidade e a diversidade das drogas apreendidas - 126,8 g de cocaína e 15,8 g de maconha - a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006.

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. 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.

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

6. Devidamente fundamentada imposição do regime inicial fechado, bem como a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão da natureza, da quantidade e da variedade das drogas apreendidas - 126,8 g de cocaína e 15,8 g de maconha - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 294.565/MS, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 21/10/2014, DJe 04/11/2014)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM ORIENTAÇÃO ADOTADA PELO PRETÓRIO EXCELSO. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/1990 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ART. 33 DO CP E 42 DA LEI N. 11.343/2006. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. REGIME FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. HABEAS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Precedentes: HC 109.956/PR, Rel.

Min. Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012, e HC 104.045/RJ, Rel. Min.

Rosa Weber, DJe de 6.9.2012, dentre outros.

- O Superior Tribunal de Justiça, na esteira desse entendimento, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa toada, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício. A propósito: HC 221.200/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 19.9.2012.

- A obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crime hediondos e os a ele equiparados foi declarada inconstitucional pelo c. Pretório Excelso, em 27.6.2012, por ocasião do julgamento do HC 111.840/ES. Assim, a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal, bem como do art. 42 da Lei 11.343/2006, quando se tratar de delitos previstos nessa Lei.

- No caso, apesar de a pena ter sido fixada em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, a gravidade concreta do delito, evidenciada pelas circunstâncias em que ocorreu (posse de variada e expressiva quantidade de entorpecentes 19 cápsulas de cocaína e 36 papélotes de maconha), justifica a imposição do regime inicial fechado, bem como inviabiliza a substituição da pena por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, III, do CP.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 240.443/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 19/03/2013, DJe 22/03/2013)

Tem-se, assim, que a irrisignação não merece prosperar.

Ante o exposto, **não conheço** do habeas corpus.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0012516-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 347.270 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00149621420128260291 149621420128260291 20140000832214

EM MESA

JULGADO: 05/04/2016

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MAURO HENRIQUE CENCO
ADVOGADO : MAURO HENRIQUE CENÇO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARLOS DANIEL PEREIRA DE OLIVEIRA

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

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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