



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 250.884 - RJ (2012/0164727-7)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : DENISE LACERDA LIMA - DEFENSORA PÚBLICA
ADVOGADO : DENISE LACERDA LIMA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : PAULO SÉRGIO MUNIZ DA CONCEIÇÃO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA FIXADA EM 3 (TRÊS) ANOS E 4 (QUATRO) MESES DE RECLUSÃO. REDUÇÃO EM 1/3 (UM TERÇO) PELA APLICAÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. DECISÃO FUNDAMENTADA. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS ENTENDERAM NÃO RECOMENDÁVEL AO CASO CONCRETO. MODIFICAÇÃO. INVIABILIDADE. REEXAME CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. FLAGRANTE CONSTRANGIMENTO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– O Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a modificação do Supremo Tribunal Federal no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, passou a restringir o cabimento do remédio heroico utilizado no lugar do recurso legalmente previsto, ressalvada a possibilidade da concessão da ordem de ofício nos casos em que restar configurado flagrante constrangimento ilegal.

– O Tribunal *a quo*, ao negar os recursos do *Parquet* para afastar a causa de diminuição e da defesa para aplicar no patamar máximo o benefício, manteve a aplicação da causa especial de diminuição de pena no *quantum* fixado pela sentença condenatória, entendendo como mais adequada a incidência da minorante no patamar de 1/3 (um terço). Justificou sua opção com menção expressa à natureza e potencial deletério da droga apreendida - cocaína -, circunstância idônea, concreta e prevista no art. 42 da Lei de Drogas, que autoriza a opção adotada

– A fixação do regime inicial fechado está fundamentado apenas na hediondez do delito. Flagrante constrangimento evidenciado. Tendo em vista a definitividade do decreto condenatório, cabe ao juízo da execução reavaliar os elementos concretos dos autos, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, c.c. o art. 42 da Lei n. 11.343/06, para verificar qual o regime adequado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade imposta ao paciente.

– Ao analisar o caso concreto, o Tribunal de origem, com base nos elementos contidos nos autos, entendeu que *"a substituição pretendida não se mostra socialmente recomendável, por não se constituir em meio suficiente para a retribuição da conduta criminosa, ou para a sua prevenção geral e específica. Desatendido, portanto, o inciso*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

III do artigo 44 do Código Penal, nega-se a substituição pretendida". A modificação da conclusão das instâncias ordinárias implica no reexame do conjunto fático-probatório, providência incompatível com os estreitos limites da via eleita.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Juízo das Execuções, com base em elementos concretos dos autos, analise a possibilidade de eventual 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, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

Brasília (DF), 27 de outubro de 2015(Data do Julgamento)

MINISTRO ERICSON MARANHO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 250.884 - RJ (2012/0164727-7)

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

IMPETRANTE : DENISE LACERDA LIMA - DEFENSORA PÚBLICA

ADVOGADO : DENISE LACERDA LIMA - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : PAULO SÉRGIO MUNIZ DA CONCEIÇÃO

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, com pedido de liminar, impetrado em benefício de PAULO SÉRGIO MUNIZ DA CONCEIÇÃO, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, como incurso nas sanções do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

Inconformada, a defesa interpôs apelação no Tribunal de origem, requerendo absolvição ante a fragilidade probatória, e subsidiariamente, a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 em seu patamar máximo, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O Tribunal negou provimento ao recurso.

No presente *writ*, reitera-se ser aplicável a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 em seu patamar máximo, afirmando estarem presentes todos os requisitos elencados pela referida lei. Por outro, aduz que o regime mais severo de cumprimento da pena foi fixado com fundamento na gravidade abstrata do delito. Por fim, sustenta ser possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Pleiteia, em liminar e no mérito, a redução da pena em 2/3 (dois terços), imposição de regime menos gravoso para início do cumprimento da pena e substituição da pena.

O Ministério Público opinou pela denegação do *writ* (fls.477/482).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 250.884 - RJ (2012/0164727-7)

VOTO

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

O presente *habeas corpus* não merece conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio (HC 109956, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe 11/9/2012). Contudo, nada impede que, de ofício, se constate a existência de manifesta ilegalidade que implique ofensa à liberdade de locomoção do paciente (HC 271.890/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 03/09/2014).

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

Conforme relatado, busca-se na presente impetração a aplicação no patamar máximo de 2/3 (dois terços), do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, imposição de regime menos gravoso para início do cumprimento da pena e substituição da pena.

O juiz sentenciante, no pertinente, consignou (fls. 210/229):

Considerando a existência de causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, e considerando a inexistência de causa de aumento de pena, entendo razoável a redução da pena no patamar de um terço. Por isso, fixo a pena definitiva em três anos e quatro meses de reclusão e trezentos e trinta e três dias-multa, no valor mínimo unitário, a teor do art. 60 do CP.

Considerando as normas do art. 33, do CP, e do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, fixo o regime fechado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade.

Considerando a vedação existente no art. 44, caput, da Lei 11.343/06, deixo de converter a pena privativa de liberdade em penas restritivas de direitos.

O Tribunal a quo negou o recurso nestes termos (fls. 435/471):

Outro ponto de dissenso entre os recorrentes refere-se à causa de diminuição de pena do artigo 33, §4º da Lei Antidrogas. Pretende o parquet de primeiro grau que se afaste sua incidência, e a Defesa, que se proceda à redução na fração máxima prevista, ou seja, 2/3 (dois terços).

O réu preenche os requisitos legais para a benesse do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

artigo 33, §4º da Lei 11.343/2006. Ao contrário do que afirma o recurso ministerial, a hediondez do delito não constitui óbice à aplicação da benesse. Caso assim se entendesse, o artigo 33, §4º do referido diploma legal seria uma grave antinomia sistêmica, que não teria sido ratificada pela Lei nº 11.464/2006, espécie legal posterior à Lei de Drogas, que teve por escopo, justamente, afastar questões que geravam dúvidas sobre a constitucionalidade da Lei de Crimes Hediondos. Decerto, o legislador, imbuído de tal espírito, não teria deixado passar a oportunidade de retificar eventual equívoco ou omissão, quanto à hediondez do tráfico de entorpecentes. Portanto, sendo primário, de bons antecedentes e não havendo prova efetiva de envolvimento com organização criminosa, o réu faz jus ao redutor de pena.

(...)

Apesar da primariedade do réu, a natureza da droga apreendida – cocaína – que causa maior dependência química e, portanto, ofende de uma maneira mais contundente o bem jurídico tutelado pelo tipo penal, justifica que o redutor de pena tenha sido fixado aquém do máximo legal permitido.

Observe-se que, além da droga, foi apreendido dinheiro em poder do réu, o que assevera que já havia comercializado parte da droga e, assim, efetivamente disseminado os efeitos deletérios do entorpecente. Está justificado e adequado o percentual de redução aplicado, à razão de 1/3 (um terço).

(...)

Em consonância com a Resolução nº 05/2012 do Senado Federal, atualmente é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restrição de direitos. Contudo, no caso em análise, embora a pena do réu tenha restado fixada abaixo do limite previsto no artigo 44 do Código Penal, devem ser analisados os demais requisitos legais, pois não é automática a substituição para penas inferiores a quatro anos. Tratando-se de delito hediondo, para o qual foi fixado o regime fechado e, ainda, tendo sido promovida a redução do artigo 33, §4º da Lei Antidrogas, na fração mínima, a substituição pretendida não se mostra socialmente recomendável, por não se constituir em meio suficiente para a retribuição da conduta criminosa, ou para a sua prevenção geral e específica. Desatendido, portanto, o inciso III do artigo 44 do Código Penal, nega-se a substituição pretendida.

Verifica-se que o Tribunal a quo, ao negar os recursos do Parquet para afastar a causa de diminuição e da defesa para aplicar no patamar máximo o benefício, manteve a aplicação da causa especial de diminuição de pena no *quantum* fixado pela sentença condenatória, entendendo como mais adequada a incidência da minorante no patamar de 1/3 (um terço). Justificou sua opção com menção expressa à natureza e potencial deletério da droga apreendida - cocaína -, circunstância idônea, concreta e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prevista no art. 42 da Lei de Drogas que autoriza a opção adotada.

Dessa forma, não se vislumbra flagrante constrangimento que autorize a modificação do *quantum* de diminuição referente à causa especial prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. QUANTIDADE DA DROGA. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NÃO CONHECIMENTO.

1. O estabelecimento do redutor na fração de 1/3 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, dada a quantidade da droga apreendida - 28 pinos de cocaína - 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.

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, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

3. Devidamente fundamentada pelo Tribunal de origem a manutenção do regime inicial fechado, bem como a negativa de substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos, com base nas circunstâncias do caso concreto - empreitada criminoso que envolveu a apreensão de 28 porções de cocaína, droga de elevado poder viciante, com participação de adolescente -, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

4. Habeas corpus não conhecido. (HC 320.010/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 29/5/2015)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. APLICAÇÃO DO REDUTOR EM PATAMAR DIVERSO DO MÁXIMO. DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO.

1. O julgador, ao aplicar o art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, deve levar em consideração os elementos concretos coligidos aos autos, especialmente a natureza, a diversidade e a quantidade de entorpecentes apreendidos, haja vista o disposto no art. 42



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da referida lei, objetivando atender aos fins da reprimenda, bem como aos princípios da discricionariedade vinculada e da individualização da pena.

2. A decisão agravada, à vista dos parâmetros legais, ratificou o julgamento da Corte de origem que aplicou a minorante à razão de 1/3 (um terço), consideradas a natureza e quantidade da droga apreendida, aliadas à apreensão de balança de precisão, de agenda com diversas anotações indicando venda de entorpecentes, de pinos e saquinhos para dosagem da cocaína, e, ainda, de duas identidades com a mesma fotografia, porém com dados diferentes inseridos.

3. Compete às instâncias ordinárias aplicar a fração pertinente do redutor em cotejo com as provas trazidas aos autos. Não cabe, no presente recurso, o reexame da matéria, pois demandaria revolvimento do conjunto fático-probatório.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC 295.285/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 12/2/2015)

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. A exasperação da pena-base restou suficientemente fundamentada, em razão da grande quantidade de droga apreendida (64.235 gramas de "maconha"), bem como pelas circunstâncias da prática do delito, de modo a demonstrar que o grupo estava "razoavelmente preparado para inúmeros embarques de droga para outras cidades".

2. 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 aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

(...)

4. Na espécie, a quantidade da droga apreendida - 64.235 gramas de "maconha" - justifica a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3 (dois terços), observando-se a proporcionalidade necessária e suficiente para reprovação do crime.

5. Não havendo ilegalidade patente no quantum de redução pela minorante prevista no 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.

6. Não há julgamento extra petita quando o Tribunal, acolhendo as razões apresentadas pela parte recorrente, como verificado na hipótese, dá provimento ao recurso, acrescentando-lhe outros



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentos.

7. *Ordem denegada.* (HC 186.549/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 29/3/2012)

Mesmo entendimento é o da Suprema Corte:

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).*

Quanto ao regime de cumprimento da pena, é possível constatar a existência do alegado constrangimento ilegal, uma vez que a fixação do regime inicial fechado está fundamentado apenas na hediondez e na gravidade em abstrato do delito.

Nesse contexto, esta Corte Superior tem entendido que a fixação do regime prisional para os condenados pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes deve obedecer aos parâmetros traçados no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

São precedentes nossos:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA 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.

[...]

3. 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.

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

5. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso sub judice, uma vez que o Tribunal a quo não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelos arts. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

6. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena. (HC n. 230.307/ES, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 17/2/2014).

HABEAS CORPUS. ART. 35 DA LEI N.º 11.343/06. CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. INAPLICABILIDADE DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS. INCIDÊNCIA DAS REGRAS DO CÓDIGO PENAL. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. Paciente condenada como incurso no art. 35 da Lei n.º 11.343/06, à pena de 03 anos de reclusão, em regime fechado, porque seria a pessoa responsável por promover a comunicação entre traficante preso, com o qual tinha relacionamento amoroso, e seus asseclas, distribuindo tarefas para a compra e a comercialização de drogas.

2. O crime de associação para o tráfico de drogas não se encontra elencado no rol dos crimes hediondos ou equiparados,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não se lhe aplicando o disposto na Lei n.º 8.072/90, modificada pela Lei n.º 11.343/06. E, de todo modo, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por esses crimes.

3. Fixada a pena-base da Paciente no mínimo legal, dada a ausência de circunstâncias judiciais favoráveis, não é possível infligir-lhe regime prisional mais gravoso. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Aplicação do enunciado n.º 440 da Súmula desta Corte.

4. Inexiste, outrossim, qualquer empecilho à substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, bastando que a condenada atenda os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

5. Ordem de habeas corpus concedida para, mantida a condenação, fixar o regime inicial aberto, determinando ao Juízo das Execuções Penais que proceda ao exame do preenchimento ou não dos requisitos necessários à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Prejudicado o pedido de reconsideração da decisão que indeferiu a liminar.

(HC 243.903/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 1º/2/2013).

Considerando que já houve o trânsito em julgado da condenação e diante da necessidade da análise completa dos requisitos legais, cabe ao Juízo da Vara das Execuções Criminais verificar se o Paciente faz jus a regime inicial mais brando.

Por fim, após a Corte Estadual reconhecer que a norma legal que vedava a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados por crime de tráfico de entorpecentes (art. 44, Lei n. 11.343/2006) já havia sido declarada inconstitucional pelo STF (HC 97.256/RS), e teve sua execução suspensa pelo Senado Federal (Resolução n. 5 de 16/2/2012), destacou que "*embora a pena do réu tenha restado fixada abaixo do limite previsto no artigo 44 do Código Penal, devem ser analisados os demais requisitos legais, pois não é automática a substituição para penas inferiores a quatro anos*" (fl. 468).

Ao fazer essa análise do caso concreto, o Tribunal de origem justificou que "*a substituição pretendida não se mostra socialmente recomendável, por não se constituir em meio suficiente para a retribuição da conduta criminosa, ou para a sua prevenção geral e específica. Desatendido, portanto, o inciso III do artigo 44 do Código Penal, nega-se a substituição pretendida*" (fl. 468).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A modificação da conclusão das instâncias ordinárias implica reexame do conjunto fático-probatório, providência incompatível com os estreitos limites da via eleita.

É da nossa jurisprudência:

HABEAS CORPUS. ART. 240 DA LEI N.º 8.069/90. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. REPRIMENDA FINAL INFERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL SEMIABERTO. ELEMENTOS CONCRETOS. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. MEDIDA NÃO RECOMENDÁVEL. NÃO CONHECIMENTO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso ordinário, inviável o seu conhecimento.

2. Não obstante a estipulação da reprimenda final em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, encontra-se motivada a sujeição a regime intermediário quando alicerçado em elementos concretos, a despeito desses não terem sido empregados na fixação da pena-base, estabelecida no mínimo legal.

3. Incabível a substituição da reprimenda por medidas restritivas de direitos, eis que o Tribunal de origem, considerando elementos do caso concreto, assentou não ser recomendável a providência mais branda por se apresentar insuficiente.

4. Habeas corpus não conhecido. (HC 318.619/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 13/5/2015)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. INADMISSIBILIDADE. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. MATÉRIA NÃO ANALISADA NA CORTE ESTADUAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA DO ART. 37 DA LEI N. 11.343/2006. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DO REQUISITO SUBJETIVO (ART. 44, III, DO CP). ANÁLISE DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. QUANTUM DA PENA INFERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME ABERTO. APLICAÇÃO.

1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não têm mais admitido o habeas corpus como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais. Precedentes.

2. Quando manifesta a ilegalidade ou sendo teratológica a decisão apontada como coatora, situação verificada de plano, admite-se a impetração do mandamus diretamente nesta Corte para se evitar o constrangimento ilegal imposto ao paciente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Incabível a análise, nesta Corte Superior de Justiça, da matéria relacionada à absolvição do crime, uma vez que esse tema não foi apreciado pelo Tribunal de origem. Do contrário, haveria supressão de instância.

4. Na espécie, as instâncias ordinárias, com base em provas presente nos autos, chegaram à conclusão de que o crime de associação para o tráfico está configurado. Alcançar conclusão diferente, acatando o pleito de desclassificação da conduta para o crime previsto no art. 37 da Lei n. 11.343/2006, exigiria análise do conjunto fático-probatório, inviável em sede de habeas corpus.

5. Apesar de, na espécie, a pena cominada ter sido inferior a 4 anos e as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis, uma vez que a pena-base foi fixada no mínimo, entendeu o Tribunal ser incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ante a ausência do requisito subjetivo exigido pelo art. 44, III, do Código Penal. Chegar a solução diferente implicaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório.

6. O entendimento pacífico da Sexta deste Tribunal é de que cabe a fixação de regime inicial diverso do fechado para o delito de tráfico ilícito de drogas, que é crime hediondo. Assim, não há como não aplicá-lo aos condenados pelo crime de associação para o tráfico, o qual, por ausência de previsão legal, nem hediondo é. Além do mais, no caso dos autos, a pena aplicada é inferior a 4 anos, e as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo. Não pode ser imposto o regime mais gravoso sem qualquer fundamentação.

7. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício, tão somente para fixar o regime inicial aberto ao paciente. (HC 253.712/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 14/4/2014)

Diante do exposto, não conheço do presente *habeas corpus*. Contudo, concedo a ordem de ofício, para determinar que o Juízo das Execuções, com base em elementos concretos dos autos, analise a possibilidade de eventual modificação do regime inicial de cumprimento de pena, observados os parâmetros traçados nos arts. 33, §§ 2º e 3º e 59, do Código Penal.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0164727-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 250.884 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 3834573420098190001

EM MESA

JULGADO: 27/10/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS FREDERICO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DENISE LACERDA LIMA - DEFENSORA PÚBLICA
ADVOGADO : DENISE LACERDA LIMA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : PAULO SÉRGIO MUNIZ DA CONCEIÇÃO

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, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.