



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 230.797 - RJ (2012/0006070-2)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : MARIA LUIZA ALVES PINTO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : RENAN PABLO DE ANDRADE (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APELAÇÃO JULGADA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA À NARCOTRAFICÂNCIA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. ILEGALIDADE MANIFESTA. OCORRÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO *IN CONCRETO* DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.
2. Concluído pelo Colegiado estadual, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava à narcotraficância, 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*.
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, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.
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. *In casu*, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos de reclusão, não é possível a pretendida substituição.
5. Verifica-se a ocorrência de flagrante ilegalidade no tocante ao regime inicial de cumprimento de pena, haja vista que o regime fechado foi fixado com base, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata 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 o Tribunal *a quo* não procedeu à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelos arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

7. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, 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), Assusete Magalhães, Rogerio Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 04 de fevereiro de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 230.797 - RJ (2012/0006070-2)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : MARIA LUIZA ALVES PINTO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : RENAN PABLO DE ANDRADE (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de RENAN PABLO DE ANDRADE, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação n.º 0002693-66.2010.8.19.0077).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, 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*, da Lei n.º 11.343/2006. Eis os termos do édito condenatório, no que interessa:

A culpabilidade do réu, aferível no caso concreto, não destoa da usualmente verificada em delitos da mesma natureza. Os motivos do crime não o justificam. As circunstâncias e conseqüências do delito são as próprias da espécie. Não há elementos nos autos que permitam avaliar a personalidade e a conduta social do acusado. O réu é primário de bons antecedentes. Por tais motivos, fixo-lhe a pena-base no mínimo legal, em 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, sendo cada dia-multa à razão de 1/30 do salário mínimo vigente.

Em segunda fase de aplicação da pena, não há circunstâncias atenuantes ou agravantes a serem consideradas, de modo que se alcança a pena intermédia igual à pena-base.

Na terceira fase, não há causas especiais de aumento ou diminuição de pena a serem consideradas, alcançando a pena definitiva 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, sendo cada dia-multa à razão de 1/30 do salário mínimo vigente.

A pena privativa de liberdade deverá ser cumprida em regime fechado, por se cuidar de crime análogo aos hediondos.

Tendo o acusado respondido ao processo encarcerado e persistindo os requisitos cautelares que justificaram a prisão, nego-lhe o direito de recorrer em liberdade.

Recomende-o na prisão em que se encontra (fls. 33/34).

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de origem negou provimento, em acórdão assim fundamentado:

Presentes os requisitos de admissibilidade **conheço** do recurso. No mérito, a irresignação defensiva não merece alento.

O pleito absolutório formulado pela defesa, sob a alegação de insuficiência de prova a embasar o decreto condenatório, não merece



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

respaldo.

A materialidade encontra-se comprovada pelo Laudo de fl. 118, atestando a quantidade e modo de acondicionamento do material apreendido.

“Foi apreendido 46,44 g (quarenta e seis gramas e quarenta e quatro centigramas, peso líquido total), de Cloridrato de Cocaína, acondicionado em 27 (vinte e sete) pequenas embalagens confeccionadas em plástico transparente, incolor e fechadas com etiqueta adesiva com as inscrições "TCP 100% PRAZER MULHER DO BRABO R\$20,00".

A condenação está amparada pelos depoimentos dos policiais militares que efetuaram a prisão em flagrante do Apelante.

Averbe-se que quando da abordagem policial foi encontrado 27 sacolés de pó branco que estavam escondidos na cueca do réu, surgindo daí a certeza quanto à autoria.

O policial militar UBIRATAN MARIANO ALVES afirmou em sede judicial que

“(…) que são verdadeiros dos fatos narrados na denúncia; que houve uma ligação para a cabina do centro, denunciando que o acusado chegaria em um ônibus da Normandi vindo de Acari com substancia entorpecente para venda; que fizeram contato com o comandante da Companhia, o qual autorizou fossem para o local sem a viatura, para que o acusado não a visse; que foram para o local num ônibus da própria empresa Normandi e ficaram escondido em arbustos aguardando o desembarque do acusado; que o denunciado desembarcou, fez a travessia da RJ que estava vestido como descrito na ligação anônima; que levou o denunciado no banheiro da padaria, sendo perguntado se levava entorpecente, sendo admitido pelo meso; que revistados foram encontrados vinte e sete sacolés de pó branco na cueca; que o denunciado informou que a droga se destinava a venda; que não conhecia o denunciado antes dos fatos narrados
(…)”

Consigne-se que os depoimentos dos policiais militares que efetuaram a prisão descreveram a dinâmica dos fatos, e não há motivos que ensejem sua desconsideração. É o entendimento consagrado pelo verbete nº 70 da súmula deste Tribunal de Justiça.

“O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação”.

Como é sabido, o fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação, até, porque, não se pode olvidar que os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade.

Desta feita os depoimentos prestados pelos policiais são coerentes, o que evidenciada a autoria, não havendo de se cogitar de fragilidade do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conjunto probatória.

Também não há como acatar a tese de desclassificação da conduta para adequação ao preceito primário contido no art. 28 da Lei de Drogas.

Restou clara a destinação comercial da droga apreendida, pois as circunstâncias da prisão e a quantidade de drogas apreendidas são elementos suficientes para caracterizar o crime de tráfico ilícito, não se mostrando necessária a existência de provas de atos de mercancia.

Averbe-se que o fato de ter sido apontado na ligação anônima como traficante de drogas não permitem a formação de dúvida acerca da autoria do crime de tráfico, além disso, o policial Anderson Marques, em juízo, afirmou que o próprio apelante no momento de sua apreensão informou que a droga se destinava ao uso e à revenda.

O policial ANDERSON MARQUES deu conta que

“(…) que foi um popular quem ligou denunciando; que a informação dava conta que no ônibus da empresa Normandy teria um indivíduo portando a droga descrita na denúncia; que o informe dava conta de todas as características físicas do acusado e inclusive o local exato onde o acusado desembarcaria do ônibus e que subiria uma rua, bem como informava que a droga estaria no interior da cueca do acusado; (…)”

“(…) que na abordagem encontraram com o acusado 27 sacolés de pó branco; que a droga estava na cueca do acusado (…)”

“(…) acusado confirmou, tanto dentro da viatura policial quanto no interior da delegacia, que a droga com ele encontrada se destinava a revenda; que não se recorda bem onde o acusado disse ter pego a droga (…)”

Repele-se, portanto, a desclassificação pretendida.

Igualmente tenho que não merece prosperar a irresignação referente à incidência da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º da Lei de Drogas, uma vez que as provas carreadas aos autos indicam que o Apelante se dedicava ao tráfico de drogas no município de Paracambi.

Por oportuno, impende transcrever a manifestação do Promotor de Justiça Bruno Corrêa Gangoni:

“(…) como se sabe, na cidade de Paracambi, o tráfico de drogas não está ainda - e espera-se que nunca esteja - instalado de forma organizada. Não há em Paracambi o dono do morro ou da localidade, que recebem do atacadista a droga, via intermediário do matuto. O tráfico de drogas em Paracambi é conhecido no jargão popular como sendo uma "estica" dos morros do Rio de Janeiro. Em outras palavras, os agentes se dirigem até as favelas da cidade do Rio de Janeiro para adquirirem drogas e revendê-las na cidade de Paracambi. Por isso, via de regra, dificilmente a polícia militar consegue apreender uma quantidade significativa de drogas, além de petrechos para que a mesma seja dividida, tais como balança de precisão, toucas ninja etc., vindo a droga já em sacos prontos para a distribuição individual (…)”

Mantenho o regime de cumprimento de pena estabelecido na sentença,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não pelas razões ali exposta, mas, sim, por entender que o afastamento do Apelante do convívio social se mostra útil para atender as finalidades da pena. Deixo de substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois a pena aplicada é superior a 4 anos, *ex vi* art. 44 do CP.

Por tais razões, CONHEÇO DO PRESENTE RECURSO E, NO MÉRITO, NEGO-LHE PROVIMENTO (fls. 47/50).

No presente *mandamus*, alega a impetrante que o paciente faz jus à aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.342/2006, tendo em vista que o paciente é primário, possui bons antecedentes e não há provas de que se dedique a atividades criminosas, nem de que integre organização criminosa.

Sustenta, ainda, caso se entenda pela aplicabilidade da referida causa de redução de pena, que deve ser substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal já declarou a inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, da parte final do art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, que vedava a substituição da pena aos crimes previstos nos arts. 33, *caput*, e § 1º, e 34 a 37 da Lei Antidrogas.

Argumenta que, "uma vez declarada a inconstitucionalidade incidental da parte final do art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, não há mais impedimento para que se fixe o regime inicialmente aberto para o cumprimento da pena, já que o objetivo da conversão é evitar o encarceramento" (fl. 7).

Aponta a ocorrência de *reformatio in pejus*, tendo em vista que "o v. acórdão combatido manteve o regime fechado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, no entanto modificou o fundamento utilizado pela r. sentença proferida pelo juízo monocrático" (fl. 10).

Requer, liminarmente, seja expedido alvará de soltura em favor do paciente. No mérito, pugna seja concedida a ordem para:

- a) aplicar o § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, reduzindo-se a pena em 2/3 (fração máxima);
- b) substituir a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, com fundamento no art. 44 do Código Penal;
- c) alterar o regime prisional para o aberto, ou, mantida a pena, para o semi aberto, posto ter sido o art. 2º, parágrafo primeiro da lei 8072/90 declarado inconstitucional por esse Superior Tribunal de Justiça (fls. 11/12).

A liminar foi indeferida pelo eminente Ministro Ari Pargendler, então Presidente desta Corte, no período de férias forenses (fl. 60).

Foram prestadas informações às fls. 72/97.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Wagner de Castro Mathias Netto, pela denegação da ordem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(fls. 100/104).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 230.797 - RJ (2012/0006070-2)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APELAÇÃO JULGADA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA À NARCOTRAFICÂNCIA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. ILEGALIDADE MANIFESTA. Ocorrência. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO *IN CONCRETO* DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.
2. Concluído pelo Colegiado estadual, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava à narcotraficância, 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*.
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, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.
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. *In casu*, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos de reclusão, não é possível a pretendida substituição.
5. Verifica-se a ocorrência de flagrante ilegalidade no tocante ao regime inicial de cumprimento de pena, haja vista que o regime fechado foi fixado com base, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata 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 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.
7. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Preliminarmente, 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.

Quanto à causa especial de redução de pena, 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.

In casu, verifica-se que o Tribunal de origem negou a incidência da causa especial de redução de pena à espécie, por entender, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava à narcotraficância no município de Paracambi, o que não pode ser revisto sem o necessário revolvimento fático-probatório, inviável nesta sede, angusta por excelência.

Nesse sentido:

DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADES CRIMINOSAS. NEGATIVA DE MITIGAÇÃO JUSTIFICADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. ORDEM DENEGADA.

1. Embora a paciente seja primária e de bons antecedentes, as instâncias ordinárias negaram-lhe a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 em razão da natureza e a quantidade do entorpecente apreendido, circunstâncias que indicariam a sua ligação com atividades criminosas.

2. Para se concluir que a paciente não se dedicava à atividades ilícitas seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório colacionado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional.

3. Ordem denegada. (HC 203.494/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 21/09/2011)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. POSSE DE 50 GRAMAS DE MACONHA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. RECONHECIMENTO DA DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ORDEM DENEGADA.

1. A aplicação da causa de diminuição da pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 foi rejeitada de forma fundamentada, tendo sido reconhecido, pelas instâncias ordinárias, que a paciente se dedica, de forma reiterada, ao comércio ilícito de drogas, não preenchendo, portanto, um dos requisitos legais à concessão do benefício, por se dedicar a atividades criminosas.

2. De mais a mais, é inviável a aplicação da causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, quando o agente foi condenado pelo crime do art. 35 da referida lei - associação estável ou de caráter permanente -, o que demonstra sua dedicação a atividades criminosas, no caso, relacionadas ao cometimento do crime de tráfico de drogas.

3. A conclusão a que chegaram as instâncias ordinárias está fundada no conjunto probatório colhido ao longo da instrução criminal, sendo que seria necessário o revolvimento aprofundado das provas constantes dos autos para se desconstituir o que ficou lá decidido, procedimento que, sabidamente, é vedado na estreita via do *habeas corpus*.

(HC 197.815/SP, Sexta Turma, Relator Desembargador convocado Haroldo Rodrigues, DJ e de 28.6.2011)

Do Supremo Tribunal Federal, colho o seguinte julgado:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PACIENTE QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. RECONHECIMENTO PELAS INSTÂNCIAS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ORDINÁRIAS. DECISÃO MANTIDA PELO STJ. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. APLICAÇÃO. INVIABILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

I – Para a concessão do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, é necessário que o réu seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

II – Neste caso, o juízo de primeiro grau deixou de aplicar a referida minorante por reconhecer o envolvimento do paciente com a marginalidade.

III – A discussão sobre a existência ou não de vínculo do paciente com atividades criminosas, exige o exame aprofundado de fatos e provas, o que, em sede de *habeas corpus*, não se mostra possível, por tratar-se de instrumento destinado à proteção de direito demonstrável de plano, que não admite dilação probatória. Precedentes.

(RHC 103.556/SP, Relator para acórdão Ministro Ricardo Lewandowski, DJ e de 25.5.2011)

No mais, cumpre salientar que tanto a estipulação do regime inicial fechado - contida no § 1º do art. 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 art. 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

Diante disso, 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 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

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 concessão da 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 (cinco) 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*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, inexistente, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2º e 3º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal.

4. Os elementos delineadores 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)

No que tange ao regime inicial de cumprimento de pena, verifica-se que a o regime fechado foi fixado com base, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

Com efeito, consoante esposado alhures, a obrigatoriedade do regime inicial fechado foi superada pela Suprema Corte, de modo que não configura fundamentação idônea a justificar a fixação do regime mais gravoso para os condenados pela prática dos delitos previstos na Lei Antitóxicos, haja vista que, para estabelecer o regime prisional deve o Magistrado avaliar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelos arts. 33 e parágrafos do Código Penal, o que não ocorreu na espécie.

Em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, realizada em 31.1.2014, verificou-se que a condenação do paciente transitou em julgado. Assim, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso *sub judice*, uma vez que o Tribunal *a quo* não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelos arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Ante do exposto, **não conheço do writ. Concedo a ordem, de ofício**, 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: 2012/0006070-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 230.797 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 2342010 26936620108190077

EM MESA

JULGADO: 04/02/2014

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 : MARIA LUIZA ALVES PINTO - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : RENAN PABLO DE ANDRADE (PRESO)

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

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Assusete Magalhães, Rogerio Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.