



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 294.639 - SP (2014/0113421-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CLAUDIA ABRAMO ARIANO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WELLINGTON JESSE SANTANA DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. *QUANTUM* DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. QUANTIDADE, NATUREZA E DIVERSIDADE DAS DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NEGATIVA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. QUANTIDADE, NATUREZA E DIVERSIDADE DAS DROGAS. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, 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. O estabelecimento do redutor na fração de 1/2 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, dada a quantidade, a natureza e a diversidade das drogas apreendidas - 26,4 g de cocaína e 231,95 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.

3. Esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entende possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos e a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

4. Devidamente fundamentada a negativa substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos com base na quantidade, natureza e diversidade das drogas apreendidas - 26,4 g de cocaína e 231,95 g de maconha - não há constrangimento ilegal a ser sanado.

5. Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, verifica-se a ocorrência de flagrante ilegalidade. *In casu*, a fixação do regime inicial fechado baseou-se, 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 analisou os elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de eventual modificação do regime inicial de cumprimento da pena.

ACÓRDÃO

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

Brasília, 05 de agosto de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 294.639 - SP (2014/0113421-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CLAUDIA ABRAMO ARIANO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WELLINGTON JESSE SANTANA DA SILVA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de WELLINGTON JESSE SANTANA DA SILVA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 0102916-45.2012.8.26.0050).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006. Confirmam-se os termos do *decisum*, no que interessa:

3. Passo à dosagem das penas. Pode ser aplicada a pena mínima de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, eis que o acusado é primário e menor de 21 anos. Em razão da causa de diminuição de pena estatuída no artigo 33, par. 4º, da Lei nº 11.343/06, que deve ser aplicada, pois não se demonstrou vínculo com organização criminosa ou atividade delituosa reiterada, reduz a pena privativa de liberdade em metade (2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa). Explico: **a despeito da primariedade do réu, este transportava relevante quantidade de drogas (além de maconha, trazia mais de duzentos e trinta gramas de cocaína em pó), não se justificando diminuição no mesmo patamar da concedida para pequenos traficantes encontrados com apenas algumas embalagens de maconha ou crack. Ademais, tinha dois tipos diferentes de entorpecentes.** Invoco o art. 42, da Lei de Tóxicos, que prevê a quantidade de entorpecentes como fator de fixação da pena. **A pena deve ser cumprida inicialmente em regime fechado, nos termos do que propõe o art. 2º, § 1º, da Lei nº 11.464/07. O tráfico é um crime grave e o regime fechado é o único compatível com tal gravidade. Relaciona-se a outros delitos como tráfico de armas e crimes contra o patrimônio.** Não há de se aplicar a detração neste momento já que o réu não cumpriu o lapso temporal suficiente para eventual progressão de regime em sede de execução penal. Não poderá recorrer em liberdade, eis que já se encontra preso. Os fundamentos da prisão preventiva se justificam ainda mais neste momento, quando condenado o acusado em primeira instância a pena privativa de liberdade em regime fechado, e após responder recluso durante toda a instrução. Nesse sentido, a manutenção do cárcere se justifica como garantia da ordem pública. Expeça-se mandado de prisão. 4. Ante o exposto, julgo PROCEDENTE a ação para CONDENAR WELLINGTON JESSE SANTANA DA SILVA, qualificado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nos autos, às penas de 2 anos e 6 meses de reclusão em regime inicial fechado e ao pagamento de 250 dias-multa, como incurso nas penas do artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/06. Publicada em audiência saem intimados os presentes (fl. 27) (grifou-se).

Inconformada, a Defesa interpôs recurso de apelação. O Tribunal *a quo*, por sua vez, manteve a decisão condenatória, inclusive quanto ao regime fechado, em acórdão assim fundamentado:

A pena foi corretamente fixada, de acordo com os artigos 59 e 60 do Código Penal, no mínimo legal, reconhecendo-se a benesse do § 4º, do artigo 33, do mesmo Diploma Legal, não comportando alteração (02 anos e 06 meses de reclusão, além de 250 dias-multa).

Anoto que o réu foi beneficiado na imposição da pena, pois se tivesse ocorrido recurso da Justiça Pública, caberia agravamento em face da natureza e da considerável quantidade de entorpecentes, nos termos do artigo 42, da Lei nº 11.343/06.

Além disso, no tocante à benesse do § 4º, do artigo 33, do mesmo Diploma Legal, ressalto nosso entendimento de que, no presente caso, não seria cabível sua aplicação, considerando-se a expressiva quantidade das drogas apreendidas. No entanto, ante a inércia da Acusação, a matéria transitou em julgado, não podendo ser analisada sob pena de *reformatio in pejus*.

(...)

Os pedidos subsidiários, da mesma forma, não merecem prosperar.

Quanto à substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, observo que recente decisão do Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus nº 97.256, redundou na edição da Resolução nº 05/2012, do Senado Federal, suspendendo a proibição que constava do § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06 para aplicação da benesse, deixando a matéria ao prudente arbítrio do juiz, que analisará, no caso concreto, sua adequação como medida necessária e suficiente à prevenção e reprovação do delito.

Na presente hipótese, observo que **a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não se mostra adequada, tendo em vista as circunstâncias do crime, a natureza e diversidade, além da quantidade das drogas apreendidas, bem como o comportamento e a personalidade do réu, que se revelaram voltados ao delito, dedicando-se ao tráfico de entorpecentes.**

Por fim, também não merece guarida o pedido de fixação de regime aberto para o início do cumprimento da reprimenda. **Adequado o regime inicial fechado nos termos da Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, cabendo ao Juízo das Execuções Criminais a análise do eventual preenchimento dos requisitos para a concessão de progressão. Se assim não fosse, não teria sentido outro regime a ser fixado. O legislador, ao tratar o traficante de drogas com o rigor necessário, até pelo fato de o delito ser equiparado a hediondo, negou-lhe vários benefícios que a outras espécies de criminosos seriam cabíveis, como fiança, indulto, sursis, liberdade provisória etc. Portanto, seria contraditório que, condenados, esses infratores recebessem pena**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

alternativa ou cumprissem as reprimendas em regime diverso do fechado.

Lembro que há determinação expressa no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, de que as penas por crime hediondo ou equiparado iniciam-se no regime fechado (fls. 42/44) (grifou-se).

No presente *mandamus* a impetrante sustenta existir constrangimento ilegal ante o fato de que a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 haveria de ser no máximo legal, pois a quantidade de entorpecentes não é parâmetro para impedir tal benefício.

Alega, ainda, que o paciente fazia jus ao regime aberto e à substituição da pena, aquele negado com amparo na gravidade genérica do crime, o que viola as Súmulas 719/STF e 440/STJ.

Informa a defensoria pública impetrante que o paciente permanece em regime fechado há um ano e seis meses, conforme extrato anexo.

A liminar foi indeferida às fls. 55/59.

Foram prestadas informações às fls. 67/100.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral Zélia Oliveira Gomes, pelo não conhecimento do *writ*, mas pela concessão da ordem, de ofício, para, "afastada a obrigatoriedade de imposição do fechado, determinar ao Juiz das Execuções que avalie a possibilidade de fixação de regime menos rigoroso, mediante concreta fundamentação" (fls. 103/112).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 294.639 - SP (2014/0113421-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. *QUANTUM* DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. QUANTIDADE, NATUREZA E DIVERSIDADE DAS DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NEGATIVA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. QUANTIDADE, NATUREZA E DIVERSIDADE DAS DROGAS. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, 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. O estabelecimento do redutor na fração de 1/2 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, dada a quantidade, a natureza e a diversidade das drogas apreendidas - 26,4 g de cocaína e 231,95 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.

3. Esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entende possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos e a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

4. Devidamente fundamentada a negativa substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos com base na quantidade, natureza e diversidade das drogas apreendidas - 26,4 g de cocaína e 231,95 g de maconha - não há constrangimento ilegal a ser sanado.

5. Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, verifica-se a ocorrência de flagrante ilegalidade. *In casu*, a fixação do regime inicial fechado baseou-se, 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 analisou os elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de eventual modificação do regime inicial de cumprimento da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Busca-se, por meio da presente impetração, a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 no patamar máximo, bem como a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

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 ao patamar de diminuição, na terceira fase da dosimetria, não há nada a retificar no acórdão atacado, porquanto o estabelecimento do redutor na fração de 1/2 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, dada a quantidade, a natureza e a diversidade das drogas apreendidas - 26,4 g de cocaína e 231,95 g de maconha (fl. 15), substâncias causadoras de efeitos extremamente deletérios.

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

"Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessarte, diante da quantidade, da natureza e da diversidade das drogas encontradas em poder do paciente, não há falar em ilegalidade na aplicação do referido redutor em apenas metade. Ademais, fixar outro montante de redução demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com a via angusta do *habeas corpus*:

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

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

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

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

(HC 178.964/DF, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe de 22.8.2011)

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

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

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

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

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

(...)

IV. O § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 apenas elenca os pressupostos exigidos do réu para obtenção de tal benesse, estipulando que a pena poderá ser reduzida de 1/6 a 2/3, sem contudo, deduzir os parâmetros a serem considerados quando da aplicação da minorante.

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

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

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

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

Da Suprema Corte, colho o seguinte julgado:

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

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

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

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

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. 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 expandido, 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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Na hipótese vertente, entretanto, tenho que negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos foi devidamente fundamentada, de modo que não há falar em manifesta ilegalidade.

Verifica-se, *in casu*, que a Corte estadual negou a referida benesse consignando que *"a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não se mostra adequada, tendo em vista as circunstâncias do crime, a natureza e diversidade, além da quantidade das drogas apreendidas, bem como o comportamento e a personalidade do réu, que se revelaram voltados ao delito, dedicando-se ao tráfico de entorpecentes."* (fl. 46).

Nesse diapasão, o Tribunal *a quo* entendeu ser necessária uma resposta penal mais efetiva, por entender que as circunstâncias do caso concreto, em especial a quantidade, a natureza e a diversidade das drogas, demonstram que a substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos não seria suficiente para a reprovação e a prevenção do delito em comento.

Assim, devidamente fundamentada a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos com base em elementos concretos constantes dos autos não há constrangimento ilegal a ser sanado. Nesse sentido:

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO ESPECIAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. INCABÍVEL. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO FUNDAMENTADA EM ELEMENTOS CONCRETOS.

1. Na esteira dos recentes precedentes do Supremo Tribunal Federal e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desta Corte Superior de Justiça, é incabível a utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso adequado. Precedentes.

2. A inadequação da via eleita, contudo, não desobriga este Tribunal Superior de, *ex officio*, fazer cessar manifesta ilegalidade que importe no cerceamento do direito de ir e vir do paciente.

3. As Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte de Justiça já firmaram entendimento no sentido de ser possível a concessão de regime diverso do fechado nos crimes de tráfico, avaliadas as circunstâncias inerentes ao caso concreto.

4. Com a publicação da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, foi suprimida a expressão normativa constante do § 4º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/2006, afastando-se a vedação legal à substituição de pena, devendo a análise dos requisitos para a obtenção da conversão da pena se dar nos termos do art. 44 do Código Penal.

5. A negativa de abrandamento do regime inicial e o indeferimento do benefício da substituição da pena estão justificados em elementos concretos, tendo em vista a quantidade e qualidade dos entorpecentes expostos à comercialização - 20 eppendorfs de cocaína e 29 porções de crack -, não havendo constrangimento ilegal a ser sanado.

6. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 255.661/SP, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2012, DJe 13/12/2012)

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, entretanto, assiste razão à impetrante.

Observa-se que o regime inicial 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 prevista na Lei de Crimes Hediondos 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 pelo art. 33 e parágrafos do Código Penal, o que não ocorreu na espécie.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, **não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem de ofício** tão somente para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de eventual modificação do regime inicial de cumprimento da pena.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0113421-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 294.639 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0102916452012 01029164520128260050 102916452012 1029164520128260050
20140000182624

EM MESA

JULGADO: 05/08/2014

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUMBERTO DE PAIVA ARAÚJO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: CLAUDIA ABRAMO ARIANO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: WELLINGTON JESSE SANTANA DA SILVA

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), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.