



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 302.323 - SP (2014/0214211-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LAURA SARTI CORTES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSIVALDO DE SOUZA (PRESO)

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 AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, III, DA LEI N.º 11.343/06. MANIFESTA ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. DELITO COMETIDO NAS IMEDIAÇÕES DE CRECHE, ESPÉCIE DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO VOLTADO À EDUCAÇÃO INFANTIL. COMPROVAÇÃO DE QUE A MERCANCIA VISAVA A ATINGIR ESTUDANTES. DESNECESSIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. NÃO INCIDÊNCIA. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL OCORRÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO *IN CONCRETO* DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. À luz dos arts. 7º, XXV, e 208 da Constituição Federal de 1988, do art. 54, IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente, e dos arts. 4º, 11, 29 e 30 da Lei de Diretrizes Básicas da Educação Nacional (Lei n.º 9.394/96) verifica-se que a creche visa ao desenvolvimento integral da criança durante a primeira infância, denotando-se daí o seu viés educacional, tratando-se, assim, de estabelecimento de ensino voltado à educação infantil.

3. Para a incidência da majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006 é desnecessária a efetiva comprovação de que a mercancia visava a atingir os estudantes - no caso concreto, crianças de até 6 anos -, sendo suficiente que a prática ilícita tenha ocorrido nas imediações de estabelecimento de ensino, diante da exposição de pessoas ao risco inerente à atividade criminosa da narcotraficância.

4. O Tribunal de origem negou a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 em razão da quantidade e variedade das drogas apreendidas - 34 invólucros de maconha, 9 invólucros de cocaína e 72 pedras de *crack* -, o que não configura manifesto constrangimento ilegal, porquanto devidamente fundamentado o afastamento da benesse com fulcro no art. 42 da Lei n.º 11.343/06, que determina que "o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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".

5. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 6 anos e 8 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

6. O regime inicial fechado foi fixado com base, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso *sub judice*, uma vez que as instâncias de origem não procederam à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelos arts. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

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

ACÓRDÃO

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

Brasília, 09 de dezembro de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 302.323 - SP (2014/0214211-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LAURA SARTI CORTES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSIVALDO DE SOUZA (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JOSIVALDO DE SOUZA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n.º 0416404-18-2010-8-26-0000).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 6 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, c.c o art. 40, inciso III, ambos da Lei n.º 11.343/06. Confirmam-se os termos do *decisum*, no que interessa:

JOSIVALDO DE SOUZA foi denunciado como incurso no art. 33, *caput*, c.c o art. 40, inciso III, da Lei 11.343/06 porque, no dia 26 de março de 2009, por volta das 10h50min, em imediações de estabelecimento de ensino, na Rua Condessa Amália Matarazzo, altura do n.º 78, nesta cidade e comarca de São Paulo, trazia consigo para fins de tráfico, 13,4 gramas de cocaína e 98,2 gramas de *Cannabis sativa L*, substâncias entorpecentes que determinam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar. (...)

Por outro lado, a causa de aumento prevista no art. 40, inciso III, da Lei 11.343/06 restou devidamente comprovada pelos documentos de fls. 44/47, os quais atestaram que o crime ocorreu em local próximo a escola, bem como pela prova oral colhida durante a instrução do feito.

Passo a dosar a pena.

O réu ostenta maus antecedentes (fls. 2/4 do apenso), razão pela qual fixo sua pena base acima do mínimo legal, em 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, no valor unitário mínimo, correspondente a um trigésimo do salário mínimo vigente à época dos fatos (art. 43 da Lei 11.343/06), em razão da situação econômica do réu.

Deixo de aplicar a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, uma vez que o réu não ostenta bons antecedentes.

Presente a atenuante do art. 65, inciso I, do Código Penal, diminuo a pena para o patamar mínimo legal de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Tendo em vista a presença da causa de aumento do art. 40, inciso III, do Código Penal, elevo a pena de 1/3, resultando em 6 anos e 8 meses de reclusão e 666 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Ante a ausência de outras circunstâncias atenuantes ou agravantes, bem como de causas de aumento ou de diminuição a serem apreciadas, torno a pena acima fixada como definitiva.

O regime inicial de cumprimento da pena deverá ser o fechado, a teor



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do que dispõe o artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90.

Em função da quantidade de pena aplicada, bem como da hediondez e extrema gravidade do crime, graças ao malefício que acarreta à sociedade, deixo de aplicar a substituição referida no art. 44, do Código Penal, medida que não se mostra socialmente recomendável, nem suficiente para a reprovação e prevenção do delito praticado. Anoto, por fim, que o art. 44 da Lei 11.343/06 vedou expressamente a possibilidade da substituição.

Isto posto, julgo parcialmente procedente a ação penal, CONDENANDO JOSIVALDO DE SOUZA, filho de Marina Maria de Souza, como incurso no art. 33, caput, c.c o art. 40, inciso III, ambos da Lei 11.343/06, aplicando-lhe a pena de em 6 anos e 8 meses de reclusão e 666 dias-multa, no valor unitário mínimo, correspondente a um trigésimo do salário mínimo vigente à época dos fatos (fls. 113/115).

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

Passa-se a dosimetria das penas.

Correta, na primeira fase, a majoração da pena-base para 05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, em razão dos maus antecedentes do acusado (fls. 02/04 do apenso).

Já se decidiu que “antecedentes são todos os fatos ou episódios da vida antea acta do réu, próximos ou remotos, que posam interessar, de qualquer modo, à avaliação subjetiva do crime. Tanto os maus e os péssimos, como os bons e os ótimos. Em primeiro lugar, deve-se ter em conta os antecedentes judiciais, nunca se restringindo simplesmente à existência ou inexistência de precedentes policiais e judiciais, mas levando-se em conta, também, o comportamento social do réu, sua vida familiar, sua inclinação ao trabalho e sua conduta contemporânea e subsequente à ação criminosa, para então qualificá-los de bons ou maus” (RJDTACRIM 7/191-2).

Na segunda fase, irrepreensível a redução da reprimenda para 05 anos de reclusão e 50 dias-multa, em face da atenuante da menoridade.

Presente a causa de aumento do inciso I, do art. 40, do Código Penal (fls. 4/47), a reprimenda foi elevada em mais 1/3, resultando em 06 anos e 08 meses de reclusão e 66 dias-multa.

O acusado, por ostentar maus antecedentes, não faz jus à diminuição de penas prevista no par. 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06.

A substituição da pena corporal por restritivas de direitos é vedada pelo par. 4º, do art. 33 e art. 44, ambos da Lei n. 11.343/06.

Por fim, o crime de tráfico ilícito de entorpecentes é de natureza muito grave e causa repulsa da sociedade. É equiparado a hediondo. Portanto, deve ser reprimido com severidade. O regime inicial fechado é mesmo o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 2º, par. 1º, da Lei n. 8.072/90, com a redação dada pela Lei n. 11.464/07.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso (fls. 75/76).

Opostos embargos de declaração, foram parcialmente acolhidos, *in verbis*:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

De fato, em razão da absolvição sumária do acusado, sua pena-base devia mesmo ter sido fixada no mínimo legal, ou seja, 05 anos de reclusão e 500 dias-multa, o que se faz, nesse recurso.

Na segunda-fase, inaplicável a atenuante da menoridade, nos termos da Súmula 231 do STJ.

Presente a causa de aumento do inciso III, do art. 40, da Lei n. 11.343/06 porque o delito ocorreu nas proximidades de uma creche (fls. 44), sendo desnecessária a comprovação de que a conduta criminosa tenha atingido os freqüentadores daquela instituição.

Desta forma, a pena foi devidamente elevada em 1/3, o que resultou em 06 anos e 08 meses de reclusão e 666 dias-multa.

Conforme se verifica, a pena se manteve a mesma, eis que o aumento da pena-base pelos antecedentes, na sentença, foi compensado com a incidência da atenuante da menoridade.

Frise-se que o benefício previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, por sua vez, não representa direito subjetivo do acusado. O legislador, ao adotar a expressão "poderão", quis demonstrar, com todas as letras, que se trata de mera faculdade do Juiz sentenciante, que, na dosimetria da pena, tem, obrigatoriamente, de seguir a diretriz prevista no artigo 42 da referida lei, que demonstra como a pena deve ser aplicada.

Em outras palavras, se o legislador entendesse que a benesse acima mencionada era direito do réu, teria usado a palavra "deverão", oriunda do verbo "dever", que significa obrigação, necessidade, etc.

Assim, como o texto do artigo 33, § 4º, da Lei de Tóxicos, está redigido que "as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços", não há qualquer dúvida que a concessão do benefício depende do livre arbítrio do Juiz, que, como já dissemos acima, tem de levar em consideração o artigo 59, caput, do Código Penal, e também o artigo 42, da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.

Desta forma, tendo em vista a quantidade e variedade de droga, o comportamento social e a ousadia do réu, o mesmo não faz jus à diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Ante o exposto, acolhem-se parcialmente os embargos para fixar a pena-base no mínimo legal, mantida, no mais, a r. decisão (fls. 31/33).

Impetrado *habeas corpus* perante esta Corte, foi concedida a ordem, nos termos da seguinte ementa:

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 33 E C.C ART. 40, III, DA LEI Nº 11.343/06. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO JULGADA. (1) *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. (2) PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MAUS ANTECEDENTES. FEITOS EM CURSO. INVIABILIDADE. SÚMULA 444/STJ. (3) CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA NEGADA. VALORAÇÃO NEGATIVA DOS ANTECEDENTES. FEITOS CRIMINAIS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. (4) APLICAÇÃO DO ART. 40, INC. III, DA LEI 11.343/06. AFASTAMENTO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. (5) *WRIT*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus*. Na espécie, contudo, foi exasperada a pena-base em razão da circunstância judicial relativa aos antecedentes. Todavia, a exasperação cifrada em feitos criminais em curso esbarra no princípio da desconsideração prévia de culpabilidade, entendimento, aliás, constante do Enunciado Sumular n.º 444 desta Casa de Justiça.

3. Do mesmo modo, inviável o afastamento da causa especial de diminuição de pena em razão da valoração negativa das circunstância judicial (antecedentes) com base em feito criminal em curso e em processo no qual houve absolvição sumária.

4. O pedido de afastamento da majorante do art. 40, III, da Lei Antidrogas fatalmente obrigaria o revolvimento fático-probatório, o que impossibilita sua análise por este Sodalício.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de afastar a exasperação da pena-base em razão da valoração negativa da circunstância judicial dos antecedentes, reduzindo-a para 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, além de afastar o óbice dos antecedentes utilizado para negar a incidência do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, determinando ao Tribunal de origem que refaça a dosimetria da reprimenda, no tocante à possibilidade de aplicação do aludido redutor, analisando ainda a possibilidade de substituição da pena privativa nos termos do art. 44 do Código Penal e de fixação de regime inicial de cumprimento da pena à luz do art. 33 e §§ do Código Penal (fl. 292).

Em cumprimento à determinação deste Sodalício, a Corte estadual assim se manifestou:

Nos Embargos de Declaração a pena-base já havia sido reduzida para o mínimo legal de 05 anos de reclusão e 50 dias-multa, conforme o determinado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, restando desta forma, a dosimetria da pena.

Na segunda fase da dosimetria da pena, dos Embargos de Declaração, foi considerada inaplicável a atenuante da menoridade, nos termos da Súmula 231 do STJ.

Na terceira fase, a pena foi majorada para 06 anos e 08 meses de reclusão, eis que presente a causa de aumento do inciso III, do art. 40, da Lei n. 11.343/06.

Nesta mesma decisão, restou afastada a diminuição de pena prevista no art. 33, par. 4º, da Lei n. 11.343/06, em razão da quantidade e variedade de droga, do comportamento social e da ousadia do réu, sendo ressaltado que a benesse deste artigo não se trata de direito subjetivo do réu, mas faculdade do julgador, que na dosimetria da pena tem, obrigatoriamente, de seguir a diretriz prevista no art. 42 da Lei acima mencionada, que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

demonstra como a pena deve ser aplicada.

Cumprе ressaltar que não foram somente os antecedentes do réu que afastou a incidência de tal dispositivo legal, mas o fato do nefasto comércio abranger além de maconha, cocaína, que é uma droga muito lesiva ao ser humano, em quantidade considerável.

Incabível a substituição da pena da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos dos incisos I e III, do art. 44, do Código Penal.

A punição do crime de tráfico de entorpecentes com pena privativa de liberdade não fere as normas constitucionais da dignidade da pessoa humana nem da individualização da pena, diante da gravidade do delito, eis que a droga destrói vidas humanas e tal prática delituosa não pode ser fomentada e sim, reprimida.

Ora, permitir a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ou a concessão de sursis, ao condenado por tráfico, implica em impunidade aos olhos da sociedade e não reflete seus anseios.

O traficante, por sua vez, ao cumprir pena privativa de liberdade terá a chance de refletir sobre a gravidade de sua conduta, ao passo que, em liberdade, poderá continuar a delinquir, diante da leveza reprimenda.

(...)

O acusado, portanto, não preenche os requisitos do art. 77 do Código Penal, uma vez que o tráfico de entorpecente é crime nefasto com consequências gravíssimas para o ser humano.

Por fim, o crime de tráfico ilícito de entorpecentes é de natureza muito grave e causa repulsa da sociedade. É equiparado a hediondo. Portanto, deve ser reprimido com severidade. O regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 2º, par. 1º, da Lei n. 8.072/90, com a redação dada pela Lei n. 11.464/07.

Desta forma, resta mantida a pena de 06 anos e 08 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e no pagamento de 66 dias-multa, por infração ao art. 3, 'caput' e art. 40, ambos da Lei n. 11.343/06, conforme corretamente acertado nos Embargos de Declaração anteriormente julgados, restando cumprida a determinação do Egrégio Superior Tribunal de Justiça (fls. 322/325).

No presente *mandamus*, sustenta a impetrante a ilegalidade da aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006, haja vista que o delito teria sido cometido nas proximidades de uma creche.

Argumenta que "não parece adequado acreditar que crianças em idade pré-escolar possam ser consumidoras de maconha ou cocaína", afirmando que "a *ratio* do art. 40, III da Lei 11.343/06 é evitar a traficância em local com grande circulação de jovens, estudantes, dotados de mínima autonomia para escolherem comprar entorpecentes" (fl. 4).

Assere que "tratando-se o 'estabelecimento de ensino' de uma creche, é certo que não há potenciais consumidores de drogas" (fl. 4).

Quando à causa especial de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de drogas, alega que "a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo carece da devida fundamentação, ao deixar de analisar os requisitos para aplicação da causa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diminuição de pena em comento" (fl. 6).

Pondera que "afastando-se a causa de aumento e acolhendo-se a causa de diminuição da pena, é provável que a reprimenda imputado ao paciente restrinja-se a patamar inferior a quatro anos" e "tratando-se o paciente de réu primário, sendo as circunstâncias judiciais favoráveis, já que fixada a pena base no mínimo legal, é de rigor a aplicação de regime inicial diverso do fechado, nos termos da súmula 441 deste E. Superior Tribunal de Justiça, e das súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal" (fl. 7).

Defende, ainda, ser possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Requer, liminarmente, "que desde já se abata eventual período excedente de pena cumprida, bem como se verifique a progressão ao regime adequado, a partir do afastamento da causa de diminuição de pena do art. 40, III da Lei 11.343/06, da aplicação do § 4º do art. 3º da mesma lei, ou, ainda, substitua-se a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos" (fl. 13). No mérito, pretende "sejam acolhidas as teses defensivas apresentadas" (fl. 14).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 302.323 - SP (2014/0214211-5)

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 AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, III, DA LEI N.º 11.343/06. MANIFESTA ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. DELITO COMETIDO NAS IMEDIAÇÕES DE CRECHE, ESPÉCIE DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO VOLTADO À EDUCAÇÃO INFANTIL. COMPROVAÇÃO DE QUE A MERCANCIA VISAVA A ATINGIR ESTUDANTES. DESNECESSIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. NÃO INCIDÊNCIA. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL OCORRÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO *IN CONCRETO* DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.
2. À luz dos arts. 7º, XXV, e 208 da Constituição Federal de 1988, do art. 54, IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente, e dos arts. 4º, 11, 29 e 30 da Lei de Diretrizes Básicas da Educação Nacional (Lei n.º 9.394/96) verifica-se que a creche visa ao desenvolvimento integral da criança durante a primeira infância, denotando-se daí o seu viés educacional, tratando-se, assim, de estabelecimento de ensino voltado à educação infantil.
3. Para a incidência da majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006 é desnecessária a efetiva comprovação de que a mercancia visava a atingir os estudantes - no caso concreto, crianças de até 6 anos -, sendo suficiente que a prática ilícita tenha ocorrido nas imediações de estabelecimento de ensino, diante da exposição de pessoas ao risco inerente à atividade criminosa da narcotraficância.
4. O Tribunal de origem negou a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 em razão da quantidade e variedade das drogas apreendidas - 34 invólucros de maconha, 9 invólucros de cocaína e 72 pedras de *crack* -, o que não configura manifesto constrangimento ilegal, porquanto devidamente fundamentado o afastamento da benesse com fulcro no art. 42 da Lei n.º 11.343/06, que determina que "o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".
5. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reprimenda final alcançado 6 anos e 8 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

6. O regime inicial fechado foi fixado com base, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso *sub judice*, uma vez que as instâncias de origem não procederam à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelos arts. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

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

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

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

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

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

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

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

No tocante ao pleito de afastamento da causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/06 sob a alegação de que creche não seria espécie de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estabelecimentos de ensino e de que "não parece adequado acreditar que crianças em idade pré-escolar possam ser consumidoras de maconha ou cocaína" (fl. 4), mister tecer algumas considerações.

Ao tratar sobre o tema, a Constituição Federal de 1988 contextualiza o direito à creche nos direitos sociais referentes à área educacional. A título ilustrativo, confira-se:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em **creches** e pré-escolas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

Dispõe, ainda, o art. 208 da Constituição da República:

Art. 208. O dever do Estado com a **educação** será efetivado mediante a garantia de:

(...)

IV - **educação infantil**, em **creche** e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, repete quase literalmente o dispositivo constitucional, *in verbis*:

Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

(...)

IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade.

Confira-se, ainda, o que dispõe a Lei de Diretrizes Básicas da Educação Nacional (Lei n.º 9.394/96):

Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

(...)

II - **educação infantil** gratuita às crianças de até 5 (cinco) anos de idade; (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013)

Art. 11. Os Municípios incumbir-se-ão de:

(...)

V - oferecer a **educação infantil** em **creches** e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental, permitida a atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento do ensino.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Art. 29. A **educação infantil**, primeira etapa da educação básica, tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança de até 5 (cinco) anos, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade. (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013)

Art. 30. A **educação infantil** será oferecida em:

I - **creches**, ou entidades equivalentes, para crianças de até três anos de idade;

II - pré-escolas, para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade. (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013)

À luz dos comandos normativos acima transcritos, verifica-se que a creche visa ao desenvolvimento integral da criança durante a primeira infância. Denota-se, por conseguinte, o viés educacional que a creche ostenta, tratando-se, pois, de estabelecimento de ensino voltado à educação infantil.

Outrossim, cumpre destacar que a causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006 é aplicável se o crime tiver sido praticado nos locais designados no indigitado preceptivo legal. É dizer, a pena é exasperada, exclusivamente, em razão do local do cometimento do delito.

A título ilustrativo, confira-se o que dispõe o dispositivo em comento, *in verbis* :

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

(...)

III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;

Dessarte, ao contrário do que sustenta a impetrante, para a incidência da majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006 não é necessária a efetiva comprovação de que a mercancia visava a atingir os estudantes - no caso concreto, crianças de até 6 anos -, sendo suficiente que a prática ilícita tenha ocorrido nas imediações de estabelecimento de ensino, diante da exposição de pessoas ao risco inerente à atividade criminosa da narcotraficância. Nesse diapasão, confirmam-se os seguintes precedentes desta Corte:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES.
CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (...) CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, INCISO III, DA LEI N.º 11.343/06. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. COMPROVAÇÃO DE QUE A MERCANCIA VISAVA A ATINGIR ESTUDANTES. DESNECESSIDADE. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

(...)

3. As instâncias de origem concluíram, com base em elementos concretos dos autos, que a hipótese de incidência da majorante do art. 40, inciso III, da Lei Antidrogas restou configurada, porquanto o paciente teria sido flagrado praticando tráfico ilícito de entorpecentes em local próximo a estabelecimento de ensino. Entendimento diverso constitui matéria de fato, não de direito, demandando exame amplo e profundo do elemento probatório, acarretando incursão na seara fático-probatória, inviável em sede de habeas corpus, via angusta por excelência.

4. Para a incidência da majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006 é desnecessária a efetiva comprovação de que a mercancia visava a atingir os estudantes, sendo suficiente que a prática ilícita tenha ocorrido nas imediações de estabelecimento de ensino, diante da exposição de pessoas ao risco inerente à atividade criminosa da narcotraficância.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 273.710/MS, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 18/06/2014)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CRIME PRATICADO PERTO DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO. APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, INCISO III, DA LEI N.º 11.343/06. RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA. INEXISTÊNCIA. PERIGO ABSTRATO. ALEGADA IGNORÂNCIA DO FATO PELOS AGENTES. IRRELEVÂNCIA. *HABEAS CORPUS* DENEGADO.

1. Incide a causa de aumento de pena constante do art. 40, inciso III, da Lei de Tóxicos quando o crime tiver sido praticado nos locais designados no aludido dispositivo. A pena é elevada exclusivamente em função do lugar do cometimento da infração, tendo em vista a exposição de pessoas ao risco inerente à atividade criminosa.

2. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou-se no sentido de que a simples prática do delito na proximidade de estabelecimentos listados no inciso III do art. 40 da Lei n.º 11.343/06 já é motivo suficiente para a aplicação da majorante, sendo desnecessário que o tráfico de drogas vise os frequentadores desses locais.

3. Ordem de *habeas corpus* denegada.

(HC 219.589/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2013, DJe 28/02/2013)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E CORRUPÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ATIVA. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS PARA A MANUTENÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES ANTERIORES. DOCUMENTAÇÃO INSUFICIENTE PARA AFASTAR A CONCLUSÃO DO JUIZ SENTENCIANTE. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO. CRIME COMETIDO NAS IMEDIAÇÕES DE ESTABELECIMENTOS HOSPITALARES E DE ENSINO. EXCLUSÃO DA MAJORANTE. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO FUNDAMENTADA. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. PACIENTE QUE SE DEDICA A ATIVIDADES DELITUOSAS E POSSUI MAUS ANTECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Verificando-se que as instâncias ordinárias, após o exame do conjunto fático-probatório amealhado aos autos, concluíram pela existência de elementos concretos e coesos a ensejar a condenação do paciente pelos delitos de tráfico de drogas e corrupção ativa, mostra-se inviável absolvê-lo por insuficiência de provas, como pretendido.

2. Para entender de modo diverso, proclamando-se a absolvição do paciente em relação aos delitos que lhe foram imputados, seria necessário o reexame aprofundado do conjunto fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*, diante da celeridade do seu rito procedimental, notoriamente marcado pela ausência de dilação probatória.

3. Mostra-se inviável afastar a conclusão acerca de maus antecedentes quando não é trazida à colação cópia da folha de antecedentes penais do paciente, pois fica inviável aferir se, quando do cometimento do delito objeto do presente *writ*, o acusado não ostentava, de fato, condenação anterior transitada em julgado, geradora de maus antecedentes.

4. Não há constrangimento ilegal quando verificado que as instâncias ordinárias levaram em consideração especialmente a natureza e a elevada quantidade da droga apreendida em poder do paciente para a exasperação da pena-base, a teor do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 (53.420,92 g de cocaína).

5. Não há constrangimento ilegal no reconhecimento da causa especial de aumento prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, uma vez que restou devidamente comprovado que o paciente atuava próximo a estabelecimentos hospitalares e de ensino, pouco importando se ele estava ou não visando especialmente atingir estudantes desse estabelecimento ou efetivamente comercializando entorpecentes diretamente com os alunos das escolas.

6. No caso dos autos, infere-se que as instâncias ordinárias negaram a aplicação da causa especial de diminuição de pena em comento com base na elevada quantidade de drogas apreendidas (53.420,92 g de cocaína) e nas demais circunstâncias do caso concreto, as quais levaram a crer que o sentenciado se dedicava a atividades delituosas, especialmente ao crime de tráfico de drogas.

7. Reconhecida a ausência de bons antecedentes do paciente, mostra-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

33, § 4º, da Lei de Drogas em seu favor também por esse motivo, tendo em vista a vedação legal expressa da concessão dessa benesse aos possuidores de maus antecedentes.

8. Ordem denegada.

(HC 197.653/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 02/10/2012, DJe 16/10/2012)

Dessarte, mostra-se irrelevante a ponderação trazida na presente impetração.

Quanto à causa especial de diminuição de pena, impende 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.

Da leitura dos autos, verifica-se que a benesse prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 foi negada pelo Tribunal de origem em razão da quantidade e a variedade das drogas apreendidas - 34 invólucros de maconha, 9 invólucros de cocaína e 72 pedras de *crack* (fl. 16).

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

Nesta senda, idoneamente motivado o afastamento da benesse com fulcro no art. 42 do Diploma Antidrogas, não há falar em constrangimento ilegal. A propósito, confirmam-se:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA AFASTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. DECISÃO MOTIVADA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. A exasperação da pena-base restou suficientemente fundamentada, sobretudo em razão da grande quantidade e da natureza da droga apreendida - mais de 21 Kg de "cocaína" -, bem como pelas circunstâncias da prática do delito, de modo a demonstrar que o Paciente era "integrante ativo de organização criminosa com grande potencial lesivo".

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.

3. Não se trata de violação ao princípio do non bis in idem, mas apenas da utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos. Com efeito, na primeira etapa da dosimetria, os critérios do art. 59 do Código



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Penal e do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 servem para fundamentar a pena-base, enquanto no último momento do sistema trifásico os mesmos parâmetros serão utilizados para se estabelecer a fração de redução a ser aplicada em razão da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei Antitóxicos.

4. No caso, não se aplica a causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na medida em que, conforme consignado no acórdão impugnado, de forma devidamente fundamentada, o Paciente não preenche os requisitos legais para obtenção da benesse. Precedentes.

5. Não é possível afastar o entendimento exarado pelas instâncias ordinárias no sentido de que o ora Paciente integraria organização criminosa, pois, para tanto, seria necessário proceder a um exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se afigura cabível na via estreita do writ. Precedentes.

6. Ordem denegada.

(HC 165.800/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 01/03/2012, DJe 15/03/2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. VIA INADEQUADA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA (3,704 KG DE MACONHA E 11 FRASCOS DE LANÇA-PERFUME). BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. DEDICAÇÃO AO CRIME. EXAME DE PROVAS. VEDAÇÃO. ORDEM DENEGADA.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. As hipóteses de cabimento do writ são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários.

2. Não se vislumbra qualquer ilegalidade manifesta que autorize a concessão da ordem pretendida. O Tribunal de origem justificou a não aplicação do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 na grande quantidade de droga apreendida (3,704 Kg de maconha e 11 frascos de lança-perfume), motivação idônea. Ressaltou, ainda, que o paciente se dedica a atividade criminosa, conclusão impossível de ser alterada nesta sede, por demandar o exame das provas. E não há falar em bis in idem na consideração da mesma circunstância para fixar a pena-base acima do mínimo legal.

3. Habeas corpus denegado.

(HC 209.960/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 28/02/2012, DJe 12/03/2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. QUANTIDADE E NATUREZA ALTAMENTE LESIVA DAS DROGAS APREENDIDAS. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. Revela-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 quando não preenchidos os requisitos subjetivos exigidos para o benefício.

2. A natureza e quantidade de droga apreendida - 104 tubos plásticos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

contendo cocaína e 47 invólucros contendo crack, perfazendo o total de 92 g - demonstra o grau de envolvimento do paciente com a narcotraficância, concluindo a Corte de Origem que não se tratava de traficante ocasional.

2. Para concluir-se que o condenado não se dedicava a atividades ilícitas nem seria integrante de organização voltada à prática de crimes, 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.

REGIME PRISIONAL. TRÁFICO. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. MODO FECHADO. IMPOSIÇÃO LEGAL. COAÇÃO NÃO EVIDENCIADA. ORDEM DENEGADA 1. A Lei 11.464/2007, introduzindo nova redação ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, estabeleceu o regime inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos delitos hediondos, cometidos após a sua entrada em vigor.

2. Ordem denegada.

(HC 195.137/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 15/02/2012)

HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI N.º 6.368/76. MINORANTE DO ART. 33, § 4.º DA LEI N.º 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. GRANDE QUANTIDADE DE COCAÍNA E TRÁFICO INTERMUNICIPAL. ORDEM DENEGADA.

1. No caso, o Tribunal de origem afastou a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, em razão da quantidade de droga (70 gramas), da natureza da substância entorpecente (cocaína) e por tratar-se de tráfico intermunicipal.

2. Para efeitos de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, "[a] conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas." (STF, RHC 94.806/PR, 1.ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 16/04/2010.) 3. Ordem denegada.

(HC 179.915/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2011, DJe 19/12/2011)

Muito embora não se desconheça o teor do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n.º 118.008/SP, de relatoria da Ministra Rosa Weber, - que deu parcial provimento ao recurso para restabelecer a aplicação da causa especial de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 ao recorrente, à falta de dados empíricos embasadores da sua exclusão, porquanto "presentes apenas ilações ou conjecturas de envolvimento com grupo criminoso ou dedicação às atividades criminosas" -, verifica-se que tal precedente da Suprema Corte não cai como uma luva ao caso ora em testilha.

A título ilustrativo, mister transcrever excerto do voto proferido pela eminente Ministra Rosa Webber, em sessão realizada em 24.9.2013:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

É verdade que a quantidade e a variedade da droga apreendida, como indicativos do maior ou menor envolvimento do agente no mundo das drogas, podem ser validamente valorados para os efeitos do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, em especial no dimensionamento do percentual de redução da pena nele previsto. Na espécie, contudo, inobstante a gravidade dos delitos imputados ao Recorrente, tudo leva a crer, pelos elementos descritos, que se trata de “mula” ou pequeno traficante, ausentes indícios de envolvimento maior, ou com maior grau de responsabilidade, com grupo criminoso, ou de dedicação ao crime, a aconselhar a priorização do quanto avaliado pelo magistrado de primeiro grau. Como bem destaca o Ministério Público Federal, em seu parecer, há precedente desta Corte, em caso análogo, também oriundo do TRF da 3ª Região, da relatoria do Min. Gilmar Mendes, em que restabelecida a sentença de primeiro grau quanto à aplicação da minorante em comento, afastada a possibilidade de sua exclusão com base apenas em conjecturas (...).

(...)

Com efeito, a aplicação da minorante nos autos do referido recurso ordinário em *habeas corpus* deu-se de forma casuística. Entendeu a 1ª Turma daquele Sodalício, em decisão não unânime, ser possível, diante das peculiaridades do caso concreto, a aplicação do benefício ao recorrente, por tratar-se de pequeno traficante, vulgarmente conhecido como “mula”, não restando evidenciada a dedicação às atividades criminosas e a participação em organização criminosa.

Destaque-se que o caso apreciado pelo Supremo Tribunal Federal - tráfico internacional de 675 g de cocaína - cuidava de situação diversa da examinada no presente *writ*. Ora, consoante narra a exordial acusatória, a empreitada criminosa em testilha envolveu variados tipos e considerável quantidade de entorpecentes - 34 invólucros de maconha, 9 invólucros de cocaína e 72 pedras de *crack* - em local conhecido como ponto de tráfico, nas imediações de estabelecimento de ensino e de saúde (fls. 16/17). Saliente-se, ademais, o alto poder viciante e elevado potencial de disseminação desses dois últimos entorpecentes mencionados, substâncias causadoras de efeitos extremamente deletérios.

Dessarte, verifica-se que o caso ora em apreço destoa da hipótese tratada nos autos do RHC n.º 118.008/SP, razão pela qual o referido precedente não se aplica à espécie.

De mais a mais, cumpre destacar que o aludido acórdão do Pretório Excelso foi proferido por órgão fracionário, em apertado *score* - acompanharam a relatora os Ministros Luís Roberto Barroso e Dias Toffoli, restando vencidos os Ministros Luiz Fux e Marco Aurélio -, o que demonstra que o entendimento adotado por ocasião do julgamento do RHC n.º 118.008/SP não é, ainda, consolidado no âmbito da Suprema Corte.

Assim, tem-se por devidamente motivada a negativa da benesse, em razão da gravidade concreta do delito em comento, não havendo falar, pois, em constrangimento ilegal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No mais, mister esclarecer que tanto a estipulação do regime inicial fechado – contida no § 1º do artigo 2º da Lei n.º 8.072, que fora alterado pela Lei n.º 11.464/07 – quanto a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos – prevista no artigo 44, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 – foram superadas pelo Pretório Excelso em decisões recentes. A esse respeito, confira-se o teor do Informativo n.º 569 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis* :

A Turma, superando a restrição fundada no Enunciado 691 da Súmula do STF, concedeu habeas corpus a condenado pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33) para determinar que tribunal de justiça substitua a pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos ou, havendo reversão, que o início do cumprimento da pena privativa de liberdade se dê no regime aberto. Assentou-se que a quantidade de pena imposta – 3 anos –, não constando circunstâncias desfavoráveis ao paciente, que não registra antecedentes, permitiria não só que a pena tivesse início no regime aberto (CP, art. 33, § 2º, c), mas, também, a substituição por pena restritiva de direitos (CP, art. 44, § 2º, segunda parte). HC 101291/SP, Rel. Min. Eros Grau, 24.11.2009. (HC-101291)

O citado *writ* possui esta ementa:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO MAIS GRAVE DO QUE O PREVISTO EM LEI. DIREITO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EXCEÇÃO À SÚMULA 691.

Tráfico de entorpecentes. Fixação da pena. Circunstâncias judiciais favoráveis. Pena fixada em quantidade que permite a substituição da privação de liberdade por restrição de direitos ou o início do cumprimento da pena no regime aberto. Imposição, não obstante, de regime fechado. Constrangimento ilegal a ensejar exceção à Súmula 691/STF. Ordem concedida. (HC n.º 101.291/SP; Relator(a): Ministro Eros Grau; Julgamento: 24/11/2009; Segunda Turma; DJe-027 - 12-02-2010)

Dessarte, a Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o *quantum* de pena aplicado, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal (HC n.º 118.776/MG, da relatoria do Ministro Nilson Naves, julgado em 18.3.2010), bem como a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 1º de setembro de 2010, se pronunciou sobre a matéria, no HC n.º 97.256, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, prevalecendo, por 6 votos a 4, o entendimento aqui expendido, no sentido de ser inconstitucional o dispositivo da Lei n.º 11.343/2006 que veda a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Convém sublinhar, ainda, que o Senado Federal, no exercício da atribuição que lhe foi conferida pelo art. 52, inciso X, da Magna Carta, editou, em 15.2.2012, a Resolução n.º 05/2012, suspendendo a execução de excerto da Lei n.º 11.343/06 referente à expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" - contida no § 4º, do art. 33, declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos supra mencionado HC n.º 97.256. Confira-se:

O Senado Federal resolve:

Art. 1º É suspensa a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus n.º 97.256/RS.

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Registre-se, por oportuno, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, em sessão extraordinária realizada no dia 27.6.2012, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07. Confira-se:

"*Habeas corpus*. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei n.º 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.

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

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

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

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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

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

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

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

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

No caso em tela, a reprimenda final dos pacientes restou fixada em 6 anos e 8 meses de reclusão, ultrapassando, portanto o limite legal para incidência da benesse nos crimes dolosos. Assim, de acordo com a disciplina do instituto da pena restritiva de direitos, tem-se como inviável o atendimento da pretensão deduzida no presente *writ*.

Nesta senda:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. (...) SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. INVIABILIDADE. PENA IMPOSTA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. (...) HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

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

(...)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

(...)

5. Mostra-se inviável proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois o paciente foi condenado a reprimenda superior a 4 anos, fora, portanto, do limite objetivo previsto no inciso I do artigo 44 do Código Penal.

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

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

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

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

Consoante esposado alhures, tal óbice legal foi declarado inconstitucional pela Suprema Corte, de modo que não configura fundamentação idônea a justificar a fixação do regime mais gravoso para os condenados pela prática dos delitos previstos na Lei Antitóxicos, haja vista que, para estabelecer o regime prisional, deve o magistrado avaliar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelos arts. 33 e parágrafos, do Código Penal, o que não ocorreu na espécie.

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

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0214211-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 302.323 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00174817420108260050 04164041820108260000 050100174817 174817420108260050
4164041820108260000 4402010 50100174817 990104164044

EM MESA

JULGADO: 09/12/2014

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. FATIMA APARECIDA DE SOUZA BORGHI

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LAURA SARTI CORTES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSIVALDO DE SOUZA (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), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.