



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 304.439 - SP (2014/0238520-0)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : AMANDA GRAZIELLI CASSIANO DIAZ
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VALDEIR SILVA ALVES (PRESO)
PACIENTE : LAYON AUGUSTO DELMORO OURO (PRESO)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. CONDENAÇÃO ANTERIOR NÃO TRANSITADA EM JULGADO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. ANÁLISE DO ART. 33, §2º, **B E C**, E §3º DO CP. DOIS PACIENTES. REGIMES COMPATÍVEIS SEMIABERTO E ABERTO. CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE DO SEGUNDO PACIENTE EM RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: **HC** n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; **RHC** n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e **RHC** n. 117.268/SP, Rel. Ministra **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinham-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: **HC** n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; **HC** n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; **HC** n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e **HC** n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - A condenação anterior, ainda que não transitada em julgado, a despeito de não configurar maus antecedentes, é causa suficiente para impedir a incidência da minorante, eis que há indicativo de que o primeiro paciente se dedicaria "às atividades criminosas", inocorrendo, portanto, o permissivo legal previsto no §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 (**Precedentes**).

IV - O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 - com redação dada pela Lei nº 11.464/07. Por conseguinte, não é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§2º e 3º do Código Penal.

V - O **Pretório Excelso**, nos termos da r. decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do **HC n. 97.256/RS**, ao considerar inconstitucional a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, contida no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06 - cuja execução foi suspensa pelo Senado Federal (Resolução n. 5 de 16/2/2012) -, permitiu a concessão da benesse legal aos condenados pelo crime de tráfico de drogas desde que preenchidos requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

VI - Revela-se adequado na hipótese, consoante o disposto no art. 33, §§2º e 3º, ambos do Código Penal, a imposição do regime inicial semiaberto ao primeiro paciente, condenado a pena inferior a 8 (oito) anos, primário, ostentando condições judiciais favoráveis. Com relação ao segundo paciente, este faz jus ao regime aberto de cumprimento de pena, **ex vi** do art. 33, §2º, alínea **c** e §3º, do Código Penal.

VII - À luz do art. 44 do CP, o segundo paciente tem direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Habeas Corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício tão somente para, **confirmando-se a liminar deferida**, determinar que seja fixado ao paciente VALDEIR o regime **semiaberto** de cumprimento de pena, **ex vi** do art. 33, §2º, **b**, e §3º do CP; e, em relação ao paciente LAYON AUGUSTO, o **regime aberto**, nos termos do art. 33, § 2º, **c**, e §3º, do CP, com a consequente conversão da pena privativa de liberdade do segundo paciente em restritiva de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal, a ser estabelecida pelo d. juízo **a quo**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) e Walter de Almeida Guilherme (Desembargador



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 03 de fevereiro de 2015 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 304.439 - SP (2014/0238520-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em benefício de VALDEIR SILVA ALVES e LAYON AUGUSTO DELMORO OURO, contra v. acórdão proferido pela col. 9ª Câmara de Direito Criminal do eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Depreende-se dos autos que os pacientes foram condenados como incurso nas sanções do art. 33, **caput**, da Lei nº 11.343/06, à pena de **5 (cinco) anos de reclusão**, em regime inicial fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa, uma vez que traziam consigo **2,55 g de "crack" e 1,3 g de maconha**.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, no qual o eg. Tribunal **a quo** deu parcial provimento ao apelo de LAYON AUGUSTO, para aplicar o redutor do §4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, condenando-o à pena de **3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão** e 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, mantida, no mais, a r. sentença.

Daí o presente **writ**, no qual alega o impetrante, em síntese, que: a) o paciente VALDEIR também faria jus à minorante do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06; b) o regime inicial fechado para cumprimento da pena de ambos os pacientes não se justificaria, uma vez que teve por fundamento apenas a hediondez do delito; e c) seria cabível a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

A liminar foi **deferida** às fls. 94-96, apenas para que fosse observado em relação a VALDEIR o **regime semiaberto** e, quanto a LAYON AUGUSTO, o **regime aberto**, até o julgamento final do presente **writ**.

Informações prestadas às fls. 110-140.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 144-150, manifestou-se pela concessão, de ofício, do **habeas corpus**, para *"fixar o regime prisional semiaberto, para o réu Valdeir; e quanto ao réu Layon, fixar o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, cuja definição caberá ao MM. Juízo da*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Execução" (fl. 145).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 304.439 - SP (2014/0238520-0)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. CONDENAÇÃO ANTERIOR NÃO TRANSITADA EM JULGADO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. ANÁLISE DO ART. 33, §2º, **B E C**, E §3º DO CP. DOIS PACIENTES. REGIMES COMPATÍVEIS SEMIABERTO E ABERTO. CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE DO SEGUNDO PACIENTE EM RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: **HC** n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; **RHC** n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e **RHC** n. 117.268/SP, Rel. Ministra **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: **HC** n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; **HC** n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; **HC** n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e **HC** n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ofício.

III - A condenação anterior, ainda que não transitada em julgado, a despeito de não configurar maus antecedentes, é causa suficiente para impedir a incidência da minorante, eis que há indicativo de que o primeiro paciente se dedicaria "às atividades criminosas", inocorrendo, portanto, o permissivo legal previsto no §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 (**Precedentes**).

IV - O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 - com redação dada pela Lei nº 11.464/07. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§2º e 3º do Código Penal.

V - O **Pretório Excelso**, nos termos da r. decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do **HC n. 97.256/RS**, ao considerar inconstitucional a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, contida no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06 - cuja execução foi suspensa pelo Senado Federal (Resolução n. 5 de 16/2/2012) -, permitiu a concessão da benesse legal aos condenados pelo crime de tráfico de drogas desde que preenchidos requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

VI - Revela-se adequado na hipótese, consoante o disposto no art. 33, §§2º e 3º, ambos do Código Penal, a imposição do regime inicial semiaberto ao primeiro paciente, condenado a pena inferior a 8 (oito) anos, primário, ostentando condições judiciais favoráveis. Com relação ao segundo paciente, este faz jus ao regime aberto de cumprimento de pena, **ex vi** do art. 33, §2º, alínea c e §3º, do Código Penal.

VII - À luz do art. 44 do CP, o segundo paciente tem direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Habeas Corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício tão somente para, **confirmando-se a liminar deferida**, determinar que seja fixado ao paciente VALDEIR o regime **semiaberto** de cumprimento de pena, **ex vi** do art. 33, §2º, **b**, e §3º do CP; e, em relação ao paciente LAYON AUGUSTO, o **regime aberto**, nos termos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do art. 33, § 2º, c, e §3º, do CP, com a consequente conversão da pena privativa de liberdade do segundo paciente em restritiva de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal, a ser estabelecida pelo d. juízo **a quo**.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Ministra **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014).

As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinham-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Nas razões do presente **writ** busca o impetrante o reconhecimento e a aplicação do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 ao paciente VALDEIR, e, em relação a ambos os pacientes, a alteração do regime inicial fechado para o aberto (ou semiaberto), além da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

No que tange ao pedido de aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Lei nº 11.343/2006, ao paciente VALDEIR, argumenta o impetrante, em síntese, que "*a existência de condenações anteriores não devem ser havidas como maus antecedentes*" (fl. 3).

Da análise dos fundamentos que dão suporte ao v. acórdão objurgado, observa-se que o eg. Tribunal **a quo**, ao confirmar a sentença, no ponto, considerou a condenação anterior por outro crime (roubo) - mesmo não transitada em julgado - como fator apto a justificar a não incidência da fração redutora de pena disposta no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006. Trago excerto da r. decisão ora combatida, **verbis**:

"Quanto ao acusado Valdeir, ostenta condenação por roubo, sem que a pena tenha sido integralmente cumprida (fls. 16-17 e 14 do apenso n.º 2), o que impossibilita a concessão de benefícios" (fl. 89).

Com efeito, esta eg. Corte tem se posicionado no sentido de considerar a condenação anterior, ainda que não transitada em julgado, como fator impeditivo para o reconhecimento da minorante, visto se tratar de dedicação a atividades criminosas, óbice previsto no §4º do referido preceito de regência. Os requisitos previstos na causa de diminuição são de observância cumulativa. A ausência de qualquer deles induz a não aplicação da causa de diminuição de pena.

Colaciono precedentes do eg. Superior Tribunal de Justiça que corroboram a tese ora aventada, **verbis**:

"CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. CONDENAÇÃO PELO DELITO DO ART. 14 DA REVOGADA LEI N.º 6.368/76. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS E PARTICIPAÇÃO EM ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. 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 n.º 11.343/06, quando, além de o agente tiver sido condenado pelo crime do art. 14 da Lei n.º 6.368/76, o que demonstra a sua dedicação a atividades ilícitas e a sua participação em associação criminosa, no caso especialmente voltada para o cometimento do crime de tráfico de entorpecentes" (HC n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

216918/PE, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 5/2/2014, grifei).

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ILEGALIDADE NA PRISÃO PROCESSUAL. FUNDAMENTO PREJUDICADO PELO ULTERIOR TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. IMPOSSIBILIDADE DE SE APLICAR A MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06, EM RAZÃO DA CONCLUSÃO SOBERANA DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS DE QUE O PACIENTE PRATICAVA AO MENOS EVENTUALMENTE A TRAFICÂNCIA. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.

[...]

2. São condições para que o condenado faça jus à causa de diminuição de pena prevista no § 4.º, do artigo 33, da Lei n.º 11.343/06: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Tais requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente; à míngua de qualquer uma dessas condições não é legítimo reclamar a aplicação da minorante.

3. As instâncias ordinárias, soberanas na análise da matéria fática dos autos, reconheceram que o Paciente dedicava-se ao menos eventualmente à atividade criminosa de traficar drogas. Não há como tal conclusão ser reavaliada na via processual eleita, por se tratar de remédio constitucional de rito célere e cognição sumária.

[...]

*5. Ordem de habeas corpus parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada" (HC n. 270931/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 25/10/2013).*

Em relação ao regime inicial de cumprimento de pena, o eg. Tribunal **a quo** manteve o regime inicial fechado, utilizando-se do mesmo fundamento da r. sentença, **verbis**:

"Em se tratando de crime equiparado a hediondo, o regime inicial fechado decorre de disposição legal expressa, e, na hipótese dos autos, é o que convém, efetivamente, para coibir a infração praticada pelos réus" (fl. 89).

Pois bem. Verifica-se que o regime fechado foi fixado tanto em primeira quanto em segunda instância em razão da hediondez do delito. O Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90 - com redação dada pela Lei nº 11.464/07. Portanto, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33 e do art. 59, ambos do Código Penal.

Este também é entendimento perfilhado por esta eg. Corte, **verbis**:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS, PORTE ILEGAL DE ARMA E RECEPÇÃO. PENAL. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. DESCABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. SANÇÃO MAIOR QUE QUATRO ANOS. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. RÉU PRIMÁRIO E SEM MAUS ANTECEDENTES. ADEQUAÇÃO. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

[...]

7. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

8. Fixada a pena-base no mínimo legal, inexistindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, em se tratando de réu primário e com bons antecedentes, não existe razão para negar o regime inicial semiaberto.

9. Ordem de habeas corpus não conhecida. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, para, mantida a condenação, fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente" (HC n. 239999/MS, Quinta Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe de 21/8/2014 - grifei).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. QUANTIDADE DE DROGAS. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

3. *Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.*

4. *In casu, a imposição do regime inicial fechado baseou-se, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores. Ademais, sequer foi analisada a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos quanto aos pacientes DEIVID e SIDNEY.*

5. *Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso sub judice, uma vez que o Tribunal a quo não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44 e incisos, do Código Penal.*

6. *Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastadas a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas e a fundamentação referente à gravidade abstrata do delito, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena, quanto aos três pacientes, e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, quanto aos pacientes DEIVID e SIDNEY" (HC n. 271147/SP, Sexta Turma, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 26/9/2014 - grifei).*

Consoante a decisão ora combatida, a pena base de ambos os pacientes foi fixada no mínimo legal, ou seja, em cinco anos, ante as suas circunstâncias favoráveis. Dessarte, **ex vi** do art. 33, §2º, **b**, e §3º, do CP, o paciente VALDEIR faz jus a regime compatível com a reprimenda imposta, devendo ser fixado o **semiaberto** para cumprimento de pena.

Por outro lado, o paciente LAYON tem direito ao regime inicial **aberto** para cumprimento de pena, a teor do disposto no art. 33, §2º, **c**, e §3º, do CP.

Outrossim, o **Pretório Excelso**, nos termos da r. decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do **HC n. 97.256/RS**, ao considerar inconstitucional a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, contida no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06 - cuja execução foi suspensa pelo Senado Federal (Resolução nº 5



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de 16/2/2012) -, permitiu a concessão da benesse legal aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

O paciente LAYON AUGUSTO, primário, teve valoradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais - tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal -, e foi condenado pela prática de crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa (tráfico) à pena de 5 (cinco) anos de reclusão. Por sua vez, o eg. Tribunal **a quo** redimensionou a pena aplicada, que foi reduzida para **3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão**, diante do reconhecimento do tráfico privilegiado. Assim, à luz do supracitado dispositivo legal (art. 44, CP), o referido paciente também faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

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

Todavia, concedo a ordem de ofício para, **confirmando-se a liminar deferida**, determinar que seja fixado ao paciente VALDEIR o regime **semiaberto** de cumprimento de pena, **ex vi** do art. 33, §2º, **b**, e §3º do CP; e, em relação ao paciente LAYON AUGUSTO, o **regime aberto**, nos termos do art. 33, § 2º, **c**, e §3º, do CP, com a consequente conversão da pena privativa de liberdade do segundo paciente em restritiva de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal, a ser estabelecida pelo d. juízo **a quo**.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0238520-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 304.439 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00095241720128260320 20140000285768 5982012 95241720128260320

EM MESA

JULGADO: 03/02/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: AMANDA GRAZIELLI CASSIANO DIAZ
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: VALDEIR SILVA ALVES (PRESO)
PACIENTE	: LAYON AUGUSTO DELMORO OURO (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 QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) e Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.