



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.621 - SP (2015/0257951-7)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MATEUS OLIVEIRA MORO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARLOS HENRIQUE DA SILVA NASCIMENTO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS (ART. 33, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/06). DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO NÃO APLICADA (§ 4º). QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME FECHADO. LEI N. 8.072/90. FUNDAMENTO INIDÔNEO. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DE PENA SUPERIOR A 4 ANOS POR RESTRITIVA DE DIREITOS (ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL - CP). *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, ressaltando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

– A causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 não foi aplicada no caso concreto em razão da dedicação da paciente a atividades criminosas, evidenciada sobretudo pela quantidade e variedade de drogas apreendidas. Para se afastar essa conclusão, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em *habeas corpus*.

– A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o disposto no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90 não sustenta, por si só, o regime inicial fechado. Tendo em vista o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo da Execução reavaliar os elementos concretos dos autos para fixar o regime prisional com base no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, bem como no art. 42 da Lei n. 11.343/06.

– É incabível a substituição de pena privativa de liberdade superior a 4 anos por restritivas de direitos, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Juízo da Vara de Execuções Criminais, a partir de dados concretos, decida acerca da possibilidade de fixar à paciente regime inicial mais brando.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, concedendo, contudo, a ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 03 de dezembro de 2015(Data do Julgamento)

MINISTRO ERICSON MARANHÃO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.621 - SP (2015/0257951-7)

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

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : MATEUS OLIVEIRA MORO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : CARLOS HENRIQUE DA SILVA NASCIMENTO

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em benefício de CARLOS HENRIQUE DA SILVA NASCIMENTO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido nos autos da Apelação n. 3003110-78.2013.826.0590.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, sendo a reprimenda substituída por prestação de serviços à comunidade, pela prática do delito previsto no artigo 33, *caput*, e § 4º, da Lei n. 11.343/06. Ambas as partes interpuseram apelação, tendo o Tribunal *a quo* dado provimento ao recurso da acusação para afastar a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 e fixar a pena em 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, cassada, ainda, a substituição por restritiva de direitos.

A impetrante alega ausência de fundamentação idônea na negativa de aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Ademais, aduz que o regime prisional foi fixado com base na gravidade abstrata do delito.

Requer, assim, a aplicação da referida causa de diminuição de pena e, consequentemente, a fixação do regime aberto e a substituição por restritiva de direitos.

Liminar indeferida às fls. 37/38.

Informações prestadas às fls. 52/70 e 95/96.

Parecer do Ministério Público Federal, às fls. 74/91, pelo não conhecimento da impetração.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.621 - SP (2015/0257951-7)

VOTO

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

O presente *habeas corpus* não merece conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio (HC n. 109956, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe 11/9/2012). Contudo, nada impede que, de ofício, constate-se a existência de manifesta ilegalidade que implique ofensa à liberdade de locomoção do paciente (HC n. 271.890/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 3/9/2014).

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

Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante na posse de 82g (oitenta e dois gramas) de cocaína, acondicionados em 37 (trinta e sete) porções, 15g (quinze gramas) de "Cannabis Sativa L", acondicionados em 7 (sete) porções e 1g (um grama) de cocaína, na forma de 3 (três) pedras de "crack" (fls. 18/19).

Em primeiro grau, a pena foi fixada nos seguintes termos:

[...]

Nos termos do art. 42 da Lei de Drogas que dispõe 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, a pena base deverá ser fixada no mínimo legal pois trata-se de acusado primário e sem antecedentes criminais, nada havendo em seu desfavor a fundamentar um acréscimo.

Assim, fixo a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão e (quinhentos) dias-multa, no valor mínimo.

Não incide ao caso qualquer circunstância agravante ou atenuante a modificar a pena aplicada nesta fase da individualização da pena.

Entretanto, incide ao caso a redução da pena nos termos do artigo 33, parágrafo 4º da Lei. vez que primário e de bons antecedentes, pois o fato de responder a processo análogo perante a primeira Vara local não tem o condão de afastar o benefício pois imprestável a configurar mau antecedente ou mesmo dedicação a atividades criminosas, em consagração do princípio da presunção de inocência.

Reduzo a pena em 2/3 perfazendo 1 (um) ano e 08 (oito meses) de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa em seu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

valor unitário mínimo legal, que torno definitiva.

Verifica-se nesta oportunidade que o acusado preenche os requisitos do art. 44 do Código Penal fazendo jus a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, assim, substituo a pena de reclusão por prestação de serviços à comunidade e multa, pelo mesmo tempo fixado para a pena privativa de liberdade.

O regime inicial de cumprimento da pena no caso de conversão será o aberto.

Faculto ao acusado o direito apelar em liberdade (fls. 24/25).

Por sua vez, asseverou o Tribunal de origem ao negar provimento à apelação da defesa:

[...]

A aplicação da causa de diminuição de pena do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas deve ser afastada, uma vez que, pelos elementos probatórios colhidos nos autos, não pode, de forma alguma, o apelante ser considerado como traficante ocasional, pois, pela expressiva quantidade e variedade das drogas apreendidas em poder dele, prontas para o comércio, restou demonstrado que ele realmente se dedicava à atividade criminosa, fazendo do tráfico seu meio de vida.

Por óbvio, não haveria razão ou condição econômica para o estoque de expressiva quantidade de entorpecente. Evidente que vivia do exercício da traficância.

A causa de redução deve ser aplicada em caráter excepcional, em situações específicas, quando não houver dúvidas de que o réu veio a cometer o ato como um desvio em sua vida, e não de modo contumaz e habitual.

Assim, afasto tal causa de diminuição de pena e mantenho a reprimenda em 05 (cinco) anos de reclusão e o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no patamar mínimo legal. Torno-a definitiva, pois ausentes causas ensejadoras de modificação em seu quantum.

No que se refere ao regime inicial de cumprimento da pena, merece provimento o recurso ministerial, haja vista o previsto no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, o qual dispõe que os crimes hediondos e os assemelhados a tal, como o tráfico de entorpecentes, terão a pena cumprida em regime inicial fechado.

Ressalte-se que a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XLIII, determina um tratamento mais rigoroso a determinados delitos, dentre os quais os considerados hediondos e o de tráfico ilícito de entorpecentes.

Coube, pois, ao legislador ordinário, dentro das diretrizes fixadas pela Constituição Federal, estabelecer que, nestes casos, o regime inicial de cumprimento da reprimenda deveria, obrigatoriamente, ser o fechado.

Por fim, vedada a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, seja porque assim dispõe o art. 44 da Lei nº 11.343/06, seja porque não estão presentes os requisitos legais, objetivo e subjetivo, além do montante da pena imposta não permitir a concessão de qualquer dos benefícios (fls. 32/33).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto à causa de diminuição de pena, o acórdão está de acordo com a jurisprudência desta Corte, segundo a qual *"a quantidade e a variedade de entorpecentes apreendidos em poder do acusado constitui circunstância hábil a denotar a dedicação às atividades criminosas, podendo impedir a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no §4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06 à minguada do preenchimento dos requisitos legais"* (AgRg no AREsp 628.686/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 2/3/2015).

No mesmo sentido:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. DOSIMETRIA. **MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. NÃO APLICAÇÃO JUSTIFICADA.** CUMPRIMENTO DA PENA. REGIME INICIAL MAIS RIGOROSO. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. GRAVIDADE ABSTRATA. § 1º DO ART. 2º DA LEI N. 8.072/90. VEDAÇÃO. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. INDIVIDUALIZAÇÃO DO REGIME.

[...]

2. Pacífico o entendimento desta Corte Superior que a quantidade e a natureza da droga justificam a não aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

3. Em se tratando de réu primário e fixada a pena-base no mínimo legal, é vedada a fixação de regime inicial de cumprimento da pena mais rigoroso do que o pertinente à pena aplicada, a tanto não servindo o inconstitucional § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90 ou a gravidade abstrata do delito.

4. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem de ofício, para determinar que o juízo da execução proceda à individualização do regime inicial de cumprimento da pena.

(HC 199.932/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 10/2/2015, DJe 23/2/2015)

Por outro lado, para se afastar a conclusão das instâncias ordinárias de que a paciente se dedica a atividades criminosas, é necessário o reexame aprofundado de provas, inviável em *habeas corpus*.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. QUALIFICAÇÃO DE TESTEMUNHA MANTIDA SOB SIGILO, PERMITIDA SUA DIVULGAÇÃO APENAS AO ADVOGADO DOS ACUSADOS, JUIZ E PROMOTOR. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. CONDENAÇÃO BASEADA EM OUTRAS PROVAS, COLHIDAS SOB O



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CRIVO DO CONTRADITÓRIO. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PENA MAIOR QUE QUATRO ANOS. HABEAS CORPUS DENEGADO.

[...]

3. Inaplicável a causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006 na hipótese, na medida em que, conforme consignado pela sentença condenatória, mantida pelo acórdão de apelação impugnado, o Paciente não preenche os requisitos legais, tendo em vista se dedicar à atividade criminosa. E, não é possível, na estreita via do habeas corpus, rever a conclusão exarada pela instância ordinária, por demandar incabível reexame do conjunto fático-probatório. Precedentes.

[...]

5. Habeas corpus denegado (HC 206.142/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 23/4/2013).

No que diz respeito ao regime prisional, o Tribunal *a quo* baseou-se na hediondez do delito (art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90), fundamento inidôneo segundo a jurisprudência desta Corte. Assim, cabe ao juízo da execução, tendo em vista o trânsito em julgado da condenação, reavaliar os elementos concretos dos autos para fixar o regime prisional com base no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, bem como no art. 42 da Lei n. 11.343/06. Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. ARTIGO 212 DO CPP. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. AGRAVO IMPROVIDO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME INICIAL FECHADO. VEDAÇÃO GENÉRICA E APRIORÍSTICA. ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/90. INCONSTITUCIONALIDADE. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior posicionou-se no sentido de que eventual inobservância do art. 212 do CPP gera nulidade meramente relativa, sendo necessário, para seu reconhecimento, a comprovação do efetivo prejuízo.

2. Com a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, na redação dada pela Lei n. 11.464/2007, incidenter tantum, pelo Plenário do STF no julgamento do HC n. 111.840/ES (Rel. Ministro Dias Toffoli), resta superada a análise da aplicabilidade ou não de seu regramento aos delitos praticados antes de sua vigência, porquanto afastada a previsão de obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, devendo ser observadas as regras do art. 33 do CP na fixação do regime prisional inicial dos crimes hediondos e equiparados.

3. Agravo regimental improvido, mas **concedido habeas corpus, de ofício, para determinar que o Tribunal a quo, analisando o caso concreto, proceda à individualização do regime inicial de cumprimento da pena, à luz do art. 33 e parágrafos do Código Penal, e do art. 42 da Lei n. 11.343/06.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(AgRg no AREsp 415.488/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 5/5/2015, DJe 14/5/2015).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO DESCARACTERIZA A HEDIONDEZ DO CRIME. FIXADO REGIME INICIAL FECHADO E NEGADA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. ILEGALIDADE MANIFESTA. OCORRÊNCIA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

[...]

4. In casu, a imposição do regime inicial fechado e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos basearam-se, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

5. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso sub judice, uma vez que as instâncias de origem não procederam 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, afastados a obrigatoriedade do regime inicial fechado e a fundamentação referente à gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

(HC 299.074/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 9/9/2014, DJe 24/9/2014)

Por último, a fixação da pena acima de 4 (quatro) anos impede a sua substituição por medidas restritiva de direitos, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem de ofício para determinar que o Juízo da Vara de Execuções Criminais, a partir de dados concretos, decida acerca da possibilidade de fixar à paciente regime inicial mais brando.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0257951-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 338.621 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 11042013 20150000215740 30031107820138260590

EM MESA

JULGADO: 03/12/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MATEUS OLIVEIRA MORO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARLOS HENRIQUE DA SILVA NASCIMENTO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, a ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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