



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 312.284 - SP (2014/0337308-5)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ANA CAROLINA CARNEIRO BARDE BEZERRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MAICON ANDRE DE OLIVEIRA QUINTAO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DA CAUSA DE REDUÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE E VARIEDADE DA DROGA APREENDIDA (36 PAPELOTES DE COCAÍNA E CRACK). REGIME PRISIONAL FECHADO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO LEGAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PENA FINAL FIXADA EM PATAMAR SUPERIOR A QUATRO ANOS. INVIABILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento da 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 quantidade e variedade de droga apreendida constituem circunstâncias idôneas que denotam a dedicação do acusado em atividades criminosas, podendo obstar a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. Precedentes.

– Para se afastar a conclusão das instâncias ordinárias, acolhendo-se a tese de que o paciente não se dedica a atividades criminosas nem integra organização criminosa, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em sede de *habeas corpus*. Precedentes.

– O Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, seja na sua redação original (HC n. 82.959/SP), seja na redação da Lei n. 11.464/2007 (HC n. 111.840/ES), que determinava a obrigatoriedade do regime fechado para os condenados por crimes hediondos e os a eles equiparados, devendo a fixação do regime prisional observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c art. 59 do Código Penal.

– A fixação da pena privativa de liberdade em patamar superior a 4 anos impede a sua substituição por medidas restritivas de direitos (art. 44, I, do Código Penal).

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Juízo da Vara de Execuções Criminais, com base em dados concretos, decida acerca da possibilidade de fixar ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente regime inicial mais brando de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, c/c art. 59 do Código Penal.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 09 de junho de 2015(Data do Julgamento).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 312.284 - SP (2014/0337308-5)

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

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : ANA CAROLINA CARNEIRO BARDE BEZERRA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : MAICON ANDRE DE OLIVEIRA QUINTAO

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 MAICON ANDRE DE OLIVEIRA QUINTAO contra acórdão proferido pela 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0060507-56.2012.8.26.0405.

Consta dos autos ter sido o paciente condenado pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 dias-multa.

O Tribunal *a quo* negou provimento ao apelo defensivo em acórdão assim ementado:

TRÁFICO DE DROGAS - INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA - INADMISSIBILIDADE - MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS - DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS SEGUROS E COERENTES CORROBORADOS PELOS DEMAIS ELEMENTOS CARREADOS AOS AUTOS - PROVA ROBUSTA NATUREZA DOS ENTORPECENTES (COCAÍNA E CRACK) E CIRCUNSTÂNCIAS DA APREENSÃO JUSTIFICAM O RECONHECIMENTO DO NARCOTRÁFICO - DELITO QUE SE CONFIGURA INDEPENDENTEMENTE DA "TRADITIO" - CONDENAÇÃO MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO.

TRÁFICO DE DROGAS - PEDIDO SUBSIDIÁRIO - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS - INADMISSIBILIDADE - CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO - OBSERVÂNCIA DO REGIME ESPECIAL CRIADO PELA LEI 8.072/90 - CONDENAÇÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.

TRÁFICO DE DROGAS - PEDIDO SUBSIDIÁRIO - FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS BRANDO - INADMISSIBILIDADE - REGIME INICIAL FECHADO - ADEQUAÇÃO À ESPÉCIE - DELITO EQUIPARADO A HEDIONDO - INTELIGÊNCIA DA LEI Nº 11.464/2007. "Ressalto que há determinação expressa, no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, de que as penas por crime hediondo ou equiparado iniciam-se no regime fechado".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO DESPROVIDO (fls. 63/64).

No presente *writ*, sustenta a impetrante haver constrangimento ilegal, porquanto o paciente preenche os requisitos para a incidência do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, em seu patamar máximo. Argumenta que o regime inicial aplicável ao caso é o semiaberto e que é possível a substituição por pena restritiva de direitos.

Requer, liminarmente, a colocação do paciente em regime semiaberto. No mérito, pleiteia a redução da pena, a fixação do regime inicial diverso do fechado e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Indeferida a medida de urgência e prestadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do pedido, subsidiariamente, pela denegação da ordem (fls. 85/87, 97/98, 99/135, 136/158 e 162/167).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 312.284 - SP (2014/0337308-5)

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. 109.956, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, PRIMEIRA TURMA, DJe 11/9/2012). Contudo, nada impede que, de ofício, se constate a existência de manifesta ilegalidade que implique em 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, examinando os fundamentos das decisões de primeiro e segundo graus:

(...)

Impõe-se, pois, a condenação do acusado nos termos da denúncia. Passo à dosimetria da pena.

Não agiu com intensidade dolosa exacerbada para os delitos da espécie a justificar a exacerbação da pena-base acima do mínimo legal.

É primário e não ostenta maus-antecedentes.

Não é pertinente a redução prevista pelo artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06, por não haver qualquer indicação de que o tráfico de entorpecentes foi eventual, pelo contrário, trata-se de tráfico de cocaína e crack, de amplo espectro lesivo e nefastos efeitos a seus usuários. Aliás, a quantidade e variedade da droga, cocaína e crack, indicam o maior comprometimento do acusado com o tráfico de entorpecentes, não havendo qualquer elemento significativo de que era seu primeiro dia no crime.

Cabe, ainda, ressaltar que, não sendo o acusado o produtor da cocaína, adquire ele a droga de outrem, os quais estão vinculados a atividades criminosas antecedentes (Apelação 0049725-63.2007.8.26.0405 - Relator Amado Faria-8ª Câmara de Direito Criminal - Tribunal de Justiça de São Paulo - 19.04.2012).

Faz jus à atenuante da menoridade relativa. Entretanto, como é cediço, ao Magistrado não é dado transgredir os limites que a lei fixa para as penas, salvo nos casos em que tal faculdade é expressamente outorgada. Assim, inadmissível é a fixação da pena-base abaixo do mínimo legal, ainda quando se cuide de agente relativamente menor:

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Considerando os parâmetros acima e os demais critérios preconizados pelo art. 59, do Código Penal, fixo a pena-base no mínimo legal, ou seja, em 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, calculados pelo valor mínimo.

Deixo de atenuar a reprimenda pela menoridade relativa por já estar em seu patamar mínimo para esta fase da dosimetria. Não há agravantes. Não há causas de aumento ou diminuição da pena, razão pela qual torno-a definitiva.

Em face do disposto na Lei 11.464, de 28/3/2007, fixo o regime inicial fechado, com a progressão prevista na referida legislação para o apenado.

Outro regime que não o inicial fechado não será o suficiente para a prevenção e repressão delitiva.

Trata-se de crime de natureza grave, equiparado a delito hediondo, que causa perturbação da ordem pública, atingindo o bem estar (Saúde) direito constitucionalmente assegurado e de primordial relevância, sendo o tráfico de drogas a mola propulsora que frontalmente contraria este princípio; além de fomentar outros crimes de elevada gravidade. In casu, depreende-se que há envolvimento no tráfico ilícito de entorpecente em data anterior à da prisão em flagrante.

A substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, trazida ao Código Penal pela Lei 9.714/98, é incompatível e inaplicável ao crime de tráfico de entorpecentes, tendo em vista a vedação imposta pela Lei 8.072/90. Ora, admitir-se a substituição da pena privativa de liberdade em crime desse jaez é ignorar o dever assumido pelo Brasil no combate ao tráfico de entorpecentes.

Ora, se a quantidade da pena imposta e que obsta a substituição, já que superior a 4 anos, esse beneplácito se restringe à pequena e à média criminalidade nos quais não se justifica a retirada do agente da Sociedade, de acordo com a Exposição de Motivos do então Projeto de Lei 689 de 18/12/1996. Não é, pois, passível de extensão a delito assemelhado a hediondo, pela sua reconhecida perniciosidade à Sociedade.

Apesar da grave ameaça ou violência à pessoa não integrar o tipo penal do tráfico de entorpecente, não se pode olvidar que se trata de elemento significativo que flagela a Sociedade.

Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE a presente ação penal e CONDENO MAICON ANDRÉ DE OLIVEIRA QUINTÃO, qualificado nos autos, a cumprir, em regime inicialmente fechado, a pena de pena de 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, com valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à época do crime, por incurso nas penas do artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, em consonância com os dispositivos da Lei 11.464/07 (**sentença**, fls. 38/40, sem destaque no original)

A pena foi corretamente fixada, seguindo as diretrizes dos artigos 59 e 60, ambos do Código Penal, no mínimo legal, não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

comportando alteração (05 anos de reclusão, além de 500 dias-multa).

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

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

Na presente hipótese, observo que a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não se mostra adequada, tendo em vista as circunstâncias do crime, a natureza e a quantidade das drogas apreendidas, bem como o comportamento e a personalidade do acusado, que se revelaram voltados ao delito, dedicando-se ao narcotráfico. Além disso, a pena imposta é superior a 04 (quatro) anos de reclusão.

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

Lembro que há determinação expressa no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, de que as penas por crime hediondo ou equiparado iniciam-se no regime fechado (acórdão, fls. 75/77).

O paciente foi preso em flagrante com 36 papelotes contendo cocaína e crack. Levando-se em consideração a quantidade e a variedade da droga apreendida, a magistrada sentenciante entendeu que o paciente não faz jus à causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

Esse entendimento 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 míngua do preenchimento dos requisitos legais" (AgRg no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 10/02/2015, DJe 23/02/2015)

Ademais, para se afastar essa conclusão e acolher a tese de que o paciente não está comprometido com o tráfico de entorpecentes, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em sede de *habeas corpus*.

Confira-se, nesse sentido, o seguinte julgado:

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

Quanto ao regime prisional, cumpre ressaltar que o Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, seja na sua redação original (HC n. 82.959/SP), seja na redação da Lei n. 11.464/2007 (HC n. 111.840/ES), que determinava a obrigatoriedade do regime fechado para os condenados por crimes hediondos e os a eles equiparados, devendo a fixação do regime prisional observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c art. 59 do Código Penal.

No caso dos autos, o regime inicial fechado foi indevidamente imposto com base na vedação legal, bem como na gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas, o que vai contra a jurisprudência desta Corte, conforme se depreende dos seguintes julgados:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. INADMISSIBILIDADE. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. MATÉRIA NÃO ANALISADA NA CORTE ESTADUAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA DO ART. 37 DA LEI N. 11.343/2006. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DO REQUISITO SUBJETIVO (ART. 44, III, DO CP). ANÁLISE DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. QUANTUM DA PENA INFERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME ABERTO. APLICAÇÃO.

1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não têm mais admitido o habeas corpus como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais. Precedentes.

2. Quando manifesta a ilegalidade ou sendo teratológica a decisão apontada como coatora, situação verificada de plano, admite-se a impetração do mandamus diretamente nesta Corte para se evitar o constrangimento ilegal imposto ao paciente.

3. Incabível a análise, nesta Corte Superior de Justiça, da matéria relacionada à absolvição do crime, uma vez que esse tema não foi apreciado pelo Tribunal de origem. Do contrário, haveria supressão de instância.

4. Na espécie, as instâncias ordinárias, com base em provas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

presente nos autos, chegaram à conclusão de que o crime de associação para o tráfico está configurado. Alcançar conclusão diferente, acatando o pleito de desclassificação da conduta para o crime previsto no art. 37 da Lei n. 11.343/2006, exigiria análise do conjunto fático-probatório, inviável em sede de habeas corpus.

5. Apesar de, na espécie, a pena cominada ter sido inferior a 4 anos e as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis, uma vez que a pena-base foi fixada no mínimo, entendeu o Tribunal ser incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ante a ausência do requisito subjetivo exigido pelo art. 44, III, do Código Penal. Chegar a solução diferente implicaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório.

6. O entendimento pacífico da Sexta deste Tribunal é de que cabe a fixação de regime inicial diverso do fechado para o delito de tráfico ilícito de drogas, que é crime hediondo. Assim, não há como não aplicá-lo aos condenados pelo crime de associação para o tráfico, o qual, por ausência de previsão legal, nem hediondo é. Além do mais, no caso dos autos, a pena aplicada é inferior a 4 anos, e as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo. Não pode ser imposto o regime mais gravoso sem qualquer fundamentação.

7. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício, tão somente para fixar o regime inicial aberto ao paciente.

(HC 253.712/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 01/04/2014, DJe 14/04/2014)

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. INEXISTÊNCIA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA 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.

[...]

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, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

4. In casu, foi fixado o regime inicial fechado com base, 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 o Tribunal a quo não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelos arts. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Writ 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. (HC n. 230.307/ES, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 17/02/2014)

HABEAS CORPUS. ART. 35 DA LEI N.º 11.343/06. CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. INAPLICABILIDADE DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS. INCIDÊNCIA DAS REGRAS DO CÓDIGO PENAL. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. Paciente condenada como incurso no art. 35 da Lei n.º 11.343/06, à pena de 03 anos de reclusão, em regime fechado, porque seria a pessoa responsável por promover a comunicação entre traficante preso, com o qual tinha relacionamento amoroso, e seus asseclas, distribuindo tarefas para a compra e a comercialização de drogas.

2. O crime de associação para o tráfico de drogas não se encontra elencado no rol dos crimes hediondos ou equiparados, não se lhe aplicando o disposto na Lei n.º 8.072/90, modificada pela Lei n.º 11.343/06. E, de todo modo, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por esses crimes.

3. Fixada a pena-base da Paciente no mínimo legal, dada a ausência de circunstâncias judiciais favoráveis, não é possível infligir-lhe regime prisional mais gravoso. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Aplicação do enunciado n.º 440 da Súmula desta Corte.

4. Inexiste, outrossim, qualquer empecilho à substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, bastando que a condenada atenda os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

5. Ordem de habeas corpus concedida para, mantida a condenação, fixar o regime inicial aberto, determinando ao Juízo das Execuções Penais que proceda ao exame do preenchimento ou não dos requisitos necessários à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Prejudicado o pedido de reconsideração da decisão que indeferiu a liminar.

(HC 243.903/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 01/02/2013)

No tocante à substituição da pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos, observa-se que o recorrente não preenche os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, pois a pena privativa de liberdade foi fixada em patamar superior a 4 (quatro) anos.

Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PERCENTUAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. DISCUSSÃO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 7/STJ. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. ATENUANTE. SÚMULA N. 231/STJ. PENA FINAL FIXADA EM PATAMAR SUPERIOR A QUATRO ANOS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE.

1. A alteração do percentual de diminuição da pena previsto no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, no caso dos autos, demandaria a incursão no conjunto probatório, medida vedada em sede de recurso especial.

2. Estabelecida a pena-base no mínimo legal, o reconhecimento de circunstância atenuante não tem o condão de reduzir a pena a patamar inferior àquele limite (Súmula n. 231/STJ).

3. A fixação da pena privativa de liberdade em patamar superior a 4 (quatro) anos, impede a sua substituição por restritivas de direitos (art. 44, I, do Código Penal).

Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp 453.543/SP, Rel. Min. Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Sexta Turma, DJe 26/08/2014).

Por fim, cabe ao Juízo da Execução, tendo em vista a definitividade do decreto condenatório, reavaliar os elementos concretos dos autos, para verificar qual o regime adequado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade imposta ao paciente.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem de ofício, para determinar que o Juízo da Vara de Execuções Criminais, com base em dados concretos, decida acerca da possibilidade de fixar ao paciente regime inicial mais brando de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, c/c art. 59 do Código Penal.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0337308-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 312.284 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00605075620128260405 20140000640484 33612012 605075620128260405

EM MESA

JULGADO: 09/06/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA ELIANE MENEZES DE FARIAS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ANA CAROLINA CARNEIRO BARDE BEZERRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MAICON ANDRE DE OLIVEIRA QUINTAO

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, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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