



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 371.955 - MS (2016/0247672-3)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : ANDRE LUIZ VAZ

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS E PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. IMPOSSIBILIDADE. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ELEMENTOS CONCRETOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Concluído pelas instâncias de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava às atividades criminosas e integrava organização criminosa, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.

2. 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.

3. 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 7 anos e 7 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

4. Devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial fechado, com base em elementos concretos dos autos, a saber, a quantidade e a natureza das drogas apreendidas - 10 kg de haxixe (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006) -, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 10 de novembro de 2016(Data do Julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 371.955 - MS (2016/0247672-3)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : ANDRE LUIZ VAZ

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ANDRE LUIZ VAZ, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul (Apelação n.º 0000689-03.2015.8.12.0004).

Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 7 anos e 7 meses de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 770 dias-multa, pela prática do crime tipificado no art. 33, *caput*, c.c. art. 40, V, da Lei n.º 11.343/2006. Eis, no que interessa, o teor da sentença:

(...) Isso posto, julgo procedente a denúncia para condenar André Luiz Vaz nas penas do artigo 33, *caput*, e art. 40, inciso V, da Lei n.º 11.343/06. Passo à dosimetria da pena. A natureza e quantidade da droga são desfavoráveis ao agente, eis que trata-se de droga das mais deletérias, em elevada quantidade. Como sabido, o haxixe contém o mesmo princípio ativo que a maconha, ou seja, o Tetrahydrocannabinol, apenas que em grau de pureza muito maior. Assim, na primeira fase da dosimetria será considerada a natureza da droga, sopesando-se a quantidade da mesma na terceira fase. Quanto às circunstâncias do artigo 59, CP, eis que as do art. 42 Lei de Drogas sobre estas preponderam, mas sem caráter excludente, vão assim consideradas. Culpabilidade: culpabilidade é acentuada pois desenvolveu uma atividade criminosa longa e adrede preparada conforme se extrai dos depoimentos, com viagem específica para o transporte da droga, com momentos de reflexão e desistência de seu intento. Cumpre ressaltar que o STJ, nos HC 169813 e 162376 já decidiu que a premeditação é elemento hábil a valorar negativamente a culpabilidade, inclusive, neste último, fazendo a distinção do dolo natural e dolo de ímpeto. No caso, o ora sentenciado saiu de Jundiá até Amambá percorrendo longa distância (mais de 1000 km, conforme dados do googlemaps), de forma que dispôs de considerável tempo para meditar e planejar os meios mais propícios para a consecução de seu intento delitivo. Antecedentes: no moderno direito penal da culpa, exige-se para o reconhecimento de antecedentes criminais a existência nos autos de certidão que comprove o trânsito em julgado de condenação do denunciado por fatos que tenham se passado antes daqueles narrados na denúncia (Cf. STJ, HC 90630, Rei. Des. Conv. Jane Silva. j. 25.10.2007). Nada havendo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nos autos em tal sentido, a circunstância é neutra. Conduta social: não consta dos autos prova da prática pelo réu de conduta extrapenal que venha a lhe desabonar o comportamento social, sendo adequada ao meio em que vive, não revelando qualquer desajuste. Personalidade: não restou apurada. Motivos: comuns a crimes da mesma natureza, razão pela qual não pode a circunstância ser considerada em desfavor do réu. Circunstâncias: tenho por inexistente a presença de qualquer elemento accidental ao delito. Desse modo, a presente circunstância se apresenta favorável ao réu. Consequências: próprias dos delitos de mesma natureza. Comportamento da vítima: não deve ser considerado já que a mesma é a sociedade. Considerados tais elementos, bem como a nocividade da droga em questão, fixo a pena-base em 07 anos de reclusão para a infração prevista no artigo 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06. Incide a atenuante da confissão, porém em grau atenuado, já que em juízo houve a retratação da mesma e, se a principal razão para a consideração da confissão é a demonstração de arrependimento ou intuito de colaborar com a Justiça, não se pode valorar da mesma forma este ato para quem confessa o fato integralmente e aquele que o faz em tiras ou se arrepende do motivo ético que justifica o reconhecimento da atenuante. Assim, reduzo a pena em seis meses. Na terceira fase, pela causa de aumento da interestadualidade, considerando que seria apenas uma a fronteira estadual a ser transposta, aumento a pena em 1/6, de forma que resulta em 7 anos e 7 meses. **Não incide a causa de diminuição do artigo 33, § 4.º, ante a expressiva quantidade de droga apreendida, que indica envolvimento com o crime organizado** (STF, HC 101082 e HC 111666, STJ, HC 214286). Assim, torno definitiva a pena do réu em 7 (sete) anos e 7 (sete) meses de reclusão pela infração do art. 33, *caput*, e art. 40, inciso V, ambos da Lei n.º 11.343/06. A pena máxima do crime de tráfico é de 15 anos. Atendendo-se a critério de proporcionalidade, a pena de multa resulta em 770 dias-multa, cada um destes no valor de um trinta avos do salário mínimo da data do fato, que será corrigido até seu efetivo pagamento. As penas de multa deverão ser pagas no prazo de 10 (dez) dias após o trânsito em julgado desta decisão, atualizada quando da execução. O E. STF decidiu no HC 111.440 que o regime inicial de cumprimento de pena, previsto na Lei dos Crimes Hediondos, não prevalece, devendo este ser analisado nos termos do Código Penal. Por este único critério, **considerando que as circunstâncias judiciais não são totalmente favoráveis e a expressiva quantidade de droga apreendida** (STJ, HC 236457 e HC 242768), **o regime inicial para cumprimento da reprimenda seria o fechado**. Há que se considerar, também, o art. 387, § 2.º, do CPP, com a redação dada pela Lei n.º 12.736/12, que dispõe que "o tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade". Assim, verificando que a parte sentenciada está presa desde 01/04/2015 e a pena concretizada, tem-se que não houve o transcurso de prazo suficiente para a progressão de regime, uma vez que não atingida a fração de 2/5, em se tratando de réu primário ou 3/5, em se tratando de reincidente. Assim, considerados todos estes aspectos, o regime inicial de cumprimento da pena é o fechado. **Tendo em vista a concretização da pena privativa de liberdade em patamar superior a quatro anos de reclusão, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

restritiva de direitos. Em razão da condenação do réu à pena privativa de liberdade superior a dois anos, deixo de oferecer-lhe a suspensão condicional da pena, nos termos dos artigos 77 e seguintes do Código Penal. Uma vez que o réu respondeu preso ao processo e perduram os motivos que ensejaram a sua prisão, não poderá recorrer em liberdade (fls. 126/128).

O Tribunal *a quo* negou provimento ao apelo da defesa, nos seguintes termos:

Da causa especial de diminuição do tráfico privilegiado

Com efeito, para a configuração da citada minorante é preciso que o acusado reúna, de forma cumulativa, todos os requisitos elencados pelo art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, quais sejam: a primariedade, os bons antecedentes, a não dedicação às atividades criminosas e a não integração a associação criminosa.

No caso dos autos, apesar da primariedade (fls. 83 e 86), as circunstâncias observadas a partir do flagrante demonstram que não se trata de envolvimento eventual com o tráfico, mas sim de **agente que se dedica à atividade delitiva e que integrou organização criminosa, ainda que ocasionalmente.**

Segundo informaram os policiais ouvidos em juízo (Rinaldo Severo de Sousa e Cleber Silvestre Amarilha arquivos de áudio - fls. 101-106), a droga estava sendo transportada em grande quantidade (10 kg de "haxixe") para outro Estado da Federação, tendo o apelante se utilizado de carro previamente preparado para esse fim, pois o automóvel contava com compartimentos ocultos (sob a "caixa de areia", para-lamas e suporte do para-choque), nos quais os 29 tabletes foram acondicionados. Tais peculiaridades **denotam a experiência no ramo do tráfico de drogas e a existência de esquema que indica organização criminosa de forma coordenada.**

(...)

Não se olvida que o magistrado sentenciante limitou-se a negar a incidência da causa especial em apreço exclusivamente por considerar o apelante como integrante de organização criminosa e que, por intermédio deste voto, foi destacada e enfatizada a dedicação a atividades criminosas.

Ocorre que tal operação não representa mácula alguma, pois a apelação devolve a instância recursal toda a matéria, de modo que o Tribunal não é adstrito à fundamentação lançada na sentença, podendo inclusive reformulá-la, estando, apenas e tão somente, vinculado ao limite de pena imposta na decisão impugnada para evitar o reformado in pejus.

(...)

Logo, considerando as circunstâncias próprias do caso concreto, não estão preenchido os requisitos cumulativos do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, sendo, pois, impossível a incidência da correspondente causa especial de diminuição.

(...)

Do regime e substituição por restritiva de direitos

O regime inicial de cumprimento da pena (fechado) permanece inalterado, **haja vista a considerável quantidade de entorpecente, a nociva natureza da droga** e culpabilidade acentuadamente desabonadora (art. 33, § 3º, do Código Penal).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A substituição também revela-se incabível, dada a quantidade da pena superar o limite de 04 anos, bem como pelas circunstâncias judiciais indicarem que a medida é insuficiente para o alcance das finalidades da pena (art. 44, incs. I e III, do Código Penal).

Prequestionamento

Inexiste violação ao prequestionamento suscitado.

Dispositivo

Com o parecer, nego provimento ao recurso, mantendo-se a pena em 07 anos e 07 meses de reclusão e 770 dias-multa no regime fechado pelo crime de tráfico de drogas (fls. 230/233) (grifou-se).

Nesta via, a impetrante pretende, em sede liminar, a suspensão dos efeitos do aresto combatido e, no mérito: a) seja reconhecida a benesse do tráfico privilegiado (art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006); e b) por consequência, seja fixado o regime inicial aberto, bem como seja substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida às fls. 244/247.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral José Adonis Callou de Araújo Sá, pelo não conhecimento do *writ* ou pela denegação da ordem (fls. 253/257).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 371.955 - MS (2016/0247672-3)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS E PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. IMPOSSIBILIDADE. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ELEMENTOS CONCRETOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Concluído pelas instâncias de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava às atividades criminosas e integrava organização criminosa, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.
2. 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.
3. 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 7 anos e 7 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.
4. Devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial fechado, com base em elementos concretos dos autos, a saber, a quantidade e a natureza das drogas apreendidas - 10 kg de haxixe (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006) -, não há constrangimento ilegal a ser sanado.
5. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Destaco, inicialmente, que se trata de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, o que impede o seu conhecimento. Cabe avaliar, de qualquer sorte, a existência de ilegalidade patente, a ensejar a concessão de ordem de ofício.

Mister 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

Eis o que consignou o Juízo de primeira instância acerca da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06:

Não incide a causa de diminuição do artigo 33, § 4.º, ante a expressiva quantidade de droga apreendida, que indica envolvimento com o crime organizado (fl. 127).

A Corte de origem, por sua vez, assim se manifestou:

Da causa especial de diminuição do tráfico privilegiado

Com efeito, para a configuração da citada minorante é preciso que o acusado reúna, de forma cumulativa, todos os requisitos elencados pelo art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, quais sejam: a primariedade, os bons antecedentes, a não dedicação às atividades criminosas e a não integração a associação criminosa.

No caso dos autos, apesar da primariedade (fls. 83 e 86), as circunstâncias observadas a partir do flagrante demonstram que não se trata de envolvimento eventual com o tráfico, mas sim de **agente que se dedica à atividade delitiva e que integrou organização criminosa, ainda que ocasionalmente**.

Segundo informaram os policiais ouvidos em juízo (Rinaldo Severo de Sousa e Cleber Silvestre Amarilha arquivos de áudio - fls. 101-106), a droga estava sendo transportada em grande quantidade (10 kg de "haxixe") para outro Estado da Federação, tendo o apelante se utilizado de carro previamente preparado para esse fim, pois o automóvel contava com compartimentos ocultos (sob a "caixa de areia", para-lamas e suporte do para-choque), nos quais os 29 tabletes foram acondicionados. Tais peculiaridades **denotam a experiência no ramo do tráfico de drogas e a existência de esquema que indica organização criminosa de forma coordenada** (fl. 230) (grifou-se).

Na espécie, verifica-se que as instâncias de origem, com arrimo nos fatos da causa, negaram a incidência da causa especial de redução de pena à espécie por entender que o paciente se dedicava às atividades criminosas e integrava organização criminosa.

Dessarte, afigura-se inviável a aplicação do aludido redutor, uma vez que tal conclusão - de que o paciente se dedicava às atividades criminosas e integrava organização criminosa - não pode ser revista sem o necessário revolvimento no acervo fático-probatório, o que não se admite em sede de *habeas corpus*, via angusta por excelência.

Nesse sentido:

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 DELITUOSAS. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do(a) acusado(a), que não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.

2. No caso vertente, não obstante a paciente seja primária e possuidora de bons antecedentes, o juiz sentenciante afastou a aplicação da causa especial de diminuição de pena com base nas circunstâncias do caso concreto, as quais o levaram a acreditar que ela se dedicava a atividades delituosas, notadamente ao cometimento do narcotráfico.

3. Para se afastar a conclusão das instâncias ordinárias, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência essa que, como cediço, é vedada na via estreita do habeas corpus.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 291.540/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/08/2014, DJe 26/08/2014)

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 DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS E INTEGRAVA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. (...)

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 revisão criminal.

(...)

3. Concluído pelas instâncias ordinárias, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava às atividades criminosas e integrava organização criminosa denominada Comando Vermelho, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

(...)

8. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, somente em relação ao paciente JEFERSON ARILSON DA SILVA PASSOS, 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 261.282/RJ, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2014, DJe 09/04/2014)

Do Supremo Tribunal Federal, colho os seguintes julgados:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES (ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, I, DA LEI 11.343/2006). CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. AFASTAMENTO PELO JUÍZO SENTENCIANTE E PELO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. ANÁLISE DA DEDICAÇÃO DO PACIENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA OU DE SER INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. NECESSIDADE DO REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. (...)

3. A causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da lei 11.343/06 está condicionada ao preenchimento, cumulativo, dos requisitos legais: primariedade, bons antecedentes e agente que não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

4. A análise da dedicação, ou não, do agente com atividade criminosa demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via do habeas corpus. Precedentes: RHC 105.150, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 04.05.12; HC 101.265, Segunda Turma, Red. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, DJe de 06.08.12; RHC 107.860, Primeira Turma, Rel. a Min. Rosa Weber, DJe de 25.09.12.

5. A conduta social do réu, o concurso de agentes, a quantidade e a natureza do entorpecente, os apetrechos utilizados e as circunstâncias em que a droga foi apreendida podem constituir o amparo probatório para o magistrado reconhecer a dedicação do réu à atividade criminosa. Precedentes: RHC 94.806/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 16/04/2010; HC 116.541/ES, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 6/6/2013; HC 98.366/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 5/2/2010.

9. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido. Ordem concedida, de ofício, para determinar ao Juízo processante ou, se for o caso, ao Juízo da execução penal, que, afastado o óbice constante do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, verifique se o paciente preenche, ou não, os requisitos necessários à fixação do regime diverso de fechado.

(RHC 121092, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2014, DJe-088 DIVULG 09-05-2014 PUBLIC 12-05-2014)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. INCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO STJ. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRECEDENTES. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA, MAS DENEGADA.

1. A não aplicação da causa de diminuição da pena do § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06 pressupõe a demonstração pelo juízo sentenciante da existência de um conjunto probatório apto a afastar a configuração de alguma das hipóteses descritas no preceito legal (a) primariedade; (b) bons antecedentes; (c) não dedicação a atividades criminosas; e (d) não integração à organização criminosa.

2. No caso, as instâncias ordinárias concluíram, com base nos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

elementos de provas colhidos sob o crivo do contraditório, que o paciente se dedicaria à atividades criminosas, em especial à prática do crime de tráfico de drogas. Nesse contexto, revela-se inviável a utilização do habeas corpus para o revolvimento do conjunto fático-probatório, a fim de reexaminar o que decidido pelas instâncias ordinárias.

3. O acórdão impugnado não apreciou os fundamentos invocados na impetração no que concerne ao regime inicial de cumprimento da pena. Desse modo, qualquer juízo desta Corte sobre a matéria implicaria indevida supressão de instância e contrariedade à repartição constitucional de competências. Precedentes.

4. Ordem parcialmente conhecida, mas denegada.

(HC 111607, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/10/2013, DJe-205 DIVULG 15-10-2013 PUBLIC 16-10-2013)

No mais, cumpre 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;



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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 nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 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 nº 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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 culposos; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

No caso em tela, a reprimenda final do paciente restou fixada em 7 anos e 7 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*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No tocante ao regime inicial de cumprimento de pena, imperativo transcrever a fundamentação perfilhada pelo Magistrado de primeira instância:

(...) **considerando que as circunstâncias judiciais não são totalmente favoráveis e a expressiva quantidade de droga apreendida (STJ, HC 236457 e HC 242768), o regime inicial para cumprimento da reprimenda seria o fechado.** Há que se considerar, também, o art. 387, § 2.º, do CPP, com a redação dada pela Lei n.º 12.736/12, que dispõe que "o tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade". Assim, verificando que a parte sentenciada está presa desde 01/04/2015 e a pena concretizada, tem-se que não houve o transcurso de prazo suficiente para a progressão de regime, uma vez que não atingida a fração de 2/5, em se tratando de réu primário ou 3/5, em se tratando de reincidente. Assim, considerados todos estes aspectos, o regime inicial de cumprimento da pena é o fechado (fl. 128) (grifou-se).

Confira-se, ainda, o que salientou o Colegiado estadual:

O regime inicial de cumprimento da pena (fechado) permanece inalterado, **haja vista a considerável quantidade de entorpecente, a nociva natureza da droga** e culpabilidade acentuadamente desabonadora (art. 33, § 3º, do Código Penal) (fl. 232) (grifou-se).

Constata-se que o regime inicial fechado foi fixado com base em elementos concretos dos autos, a saber, a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida - 10 kg de haxixe (fl. 23).

É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/06, no sentido de 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".

Nesse diapasão, as instâncias ordinárias entenderam ser necessária uma resposta penal mais efetiva, como forma de retribuição proporcional à gravidade da conduta, porquanto as circunstâncias concretas dos autos demonstram que regime inicial mais brando não seria suficiente para a reprovação e a prevenção do delito em comento.

Dessarte, devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado, com base em dados concretos constantes dos autos, não há ilegalidade a ser sanada. Nesse sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. NEGATIVA DE RECORRER EM LIBERDADE. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO AGENTE. FUNDAMENTAÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUFICIENTE. REGIME PRISIONAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA ADEQUADO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é remansosa no sentido de que a determinação de segregação do réu, antes de transitada em julgado a condenação, deve efetivar-se apenas se indicada, em dados concretos dos autos, a necessidade da cautela (*periculum libertatis*), à luz do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal.

2. Não há ilegalidade na decisão que nega ao recorrente o benefício do recurso em liberdade, quando persistem os requisitos da prisão cautelar anteriormente decretada, consubstanciada na necessidade de garantia da ordem pública, dada a concreta periculosidade do agente, surpreendido com elevada quantidade de cocaína - 2.064 g (dois mil e sessenta e quatro gramas) de cocaína -, quando tentava embarcar para Madrid/Espanha, no Aeroporto Internacional de Guarulhos/SP.

3. Fixada a pena em 5 anos e 4 meses de reclusão, a escolha do regime inicial fechado é a adequada, visto que desfavoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, consoante disposto no artigo 33 e parágrafos, do Código Penal.

4. Recurso não provido.

(RHC 38.717/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 02/09/2014)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE QUE OS PACIENTES NÃO POSSUEM MAUS ANTECEDENTES. NÃO JUNTADA AOS AUTOS DA FOLHA DE ANTECEDENTES INDICADA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. REGIME PRISIONAL FECHADO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça também nos casos de utilização do habeas corpus em substituição ao recurso especial, com a ressalva da posição pessoal da Relatora, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. A parte Impetrante não fez prova constituída nos autos do presente writ de que os Pacientes não possuem maus antecedentes, deixando de juntar as folhas de antecedentes criminais às quais fez referência o magistrado sentenciante, o que inviabiliza a alegação de que houve impropriedade na valoração negativa dos maus antecedentes, nos termos do art. 59 do Código Penal.

4. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade de se fixar o regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para o estabelecimento do regime inicial de cumprimento de pena, o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

5. No caso, a pena-base restou fixada acima do mínimo legal, ante a presença de circunstância judicial desfavorável. Assim, considerando o quantum de pena estabelecido, incidem na espécie as regras previstas no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal, de modo que é cabível o regime inicial fechado.

6. Ordem de habeas corpus não conhecida.

(HC 289.663/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 20/05/2014, DJe 27/05/2014)

Assim, tem-se que a impetração substitutiva não comporta a extraordinária cognição.

Ante o exposto, **não conheço** da impetração.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0247672-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 371.955 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00006890320158120004 6890320158120004

EM MESA

JULGADO: 10/11/2016

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

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 MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE	:	ANDRE LUIZ VAZ

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

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, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.