



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 340.221 - SP (2015/0276595-0)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GUSTAVO SAMUEL DA SILVA SANTOS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ APARECIDO GONÇALVES

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. PRESENÇA DE INDICATIVOS NOS AUTOS DE DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REVISÃO. VIA IMPRÓPRIA. IMPOSIÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. PREVISÃO LEGAL DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO STF. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PENA MAIOR QUE 4 ANOS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 44, I, *CP*. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a quantidade e a natureza da droga podem justificar a não aplicação da minorante prevista no art. 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando demonstrarem a dedicação à atividade criminosa. Precedentes.

3. Evidenciado que a aplicação do benefício foi afastada em virtude das circunstâncias do caso, em especial a quantidade de droga, que denotaria o não preenchimento dos requisitos legais, por se tratar de réu que se dedica à atividade criminosa, inexistente constrangimento ilegal a ser sanado, sendo que a pretendida revisão do julgado implicaria o reexame do material cognitivo produzido nos autos, insuscetível de ser realizada na estreita via do *habeas corpus*. Precedentes.

4. Desde o julgamento do HC 111.840/ES (Rel. Min. DIAS TOFFOLI) foi declarada inconstitucional, *incidenter tantum*, pelo Plenário do STF a previsão legal (art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/90, na redação da Lei n. 11.464/2007) que determinava a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, devendo as regras do art. 33 do CP ser utilizadas também na fixação do regime prisional inicial dos crimes hediondos e equiparados.

5. Incabível a substituição da pena corporal por restritiva de direitos se o *quantum* da pena aplicada ultrapassa a 4 anos. Art. 44, I, do Código Penal.

6. *Habeas corpus* não conhecido, mas, concedida a ordem, de ofício, para para que o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

juízo das execuções proceda à nova fixação do regime inicial de cumprimento da pena, com estrita observância às regras do art. 33 do CP, afastada a previsão legal do art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/90, na redação da Lei n. 11.464/2007.

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 Antonio Saldanha Palheiro, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 15 de setembro de 2016 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 340.221 - SP (2015/0276595-0)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GUSTAVO SAMUEL DA SILVA SANTOS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ APARECIDO GONÇALVES

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de JOSÉ APARECIDO GONÇALVES, em face de acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, a 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, e 583 dias-multa.

Interposta apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso, mantendo incólume a sentença.

Requer, liminarmente, *seja o paciente transferido para o regime semiaberto até o julgamento final do writ* (fl. 9).

No mérito, requer a aplicação do *redutor previsto no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06 em seu patamar máximo de dois terços*, o estabelecimento do *regime inicial aberto para o cumprimento da reprimenda, nos moldes do art. 33, §2º, c, do Código Penal* e a substituição da *pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do artigo 44 do mesmo diploma* (fls. 9/10).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 340.221 - SP (2015/0276595-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal (HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/08/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/08/2012), assim alinhando-se a precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC 104.045/RJ, Rel. Ministra Rosa Weber, PRIMEIRA TURMA DJe de 06/09/2012).

Nada impede, contudo, que, de ofício, constate a Corte Superior a existência de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia, o que ora passo a examinar.

Como é consabido, via de regra, não se presta o remédio heróico à revisão da dosimetria das penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias. Contudo, a jurisprudência desta Corte admite, em caráter excepcional, o reexame da aplicação das penas, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68, do Código Penal, sob o aspecto da ilegalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica. Nesse sentido: HC n. 252.449/DF – 6ª T. – unânime – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – DJe 9/6/2014; HC n. 152.775/PR – 5ª T. – unânime – Rel. Min. Jorge Mussi – DJe 1/9/2011.

Por oportuno, trago à colação os seguintes trechos da sentença e do acórdão que a confirmou:

Sopesados os critérios estabelecidos nos art. 59 e 60 do Código Penal e o artigo 42 da Lei nº 11.343/06, fixo a pena base majorada em 1/6 pela quantidade e diversidade das substâncias apreendidas. Deixo de aplicar a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Inicialmente pontuo que esta não é de aplicação automática ou obrigatória. É facultativa deve ser analisada ao prudente critério do Juiz, em situação excepcional. Com efeito, o tráfico é delito inserido em uma cadeia de criminalidade, pois necessário é aliar-se a outros delinquentes para a obtenção do entorpecente, desde o local da produção até chegar ao pequeno traficante que vende no varejo. Assim, a experiência traz como raríssimo a hipótese do traficante agir solitariamente, ou seja, como aquele que produz e posteriormente vende o entorpecente produzido. Em verdade, a grande maioria traz o traficante integrado a uma célula criminoso, numa cadeia



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

necessária a consecução do objetivo comum, a disseminação da droga. No caso vertente, pondero ainda a grande quantidade de droga apreendida, o que vem a ratificar o raciocínio assim exposto para elidir a aplicação desta causa de diminuição de pena. Desta forma, reputo que o acusado se dedica a atividades criminosas e ainda integra, mesmo que de forma indireta, uma organização criminosa, pelos vínculos necessários ao exercício do tráfico. Por conseguinte, incabível a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Assim, a pena é fixada em 05 anos e 10 meses de reclusão e ao pagamento de 583 dias-multa. Ausentes outras causas modificativas, torno esta pena definitiva, consoante o sistema trifásico de aplicação. Posto isto, julgo PROCEDENTE a pretensão punitiva estatal para condenar o réu JOSÉ APARECIDO GONÇALVES à pena de 05 anos e 10 meses de reclusão e ao pagamento de 583 dias-multa, fixado este em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, como incurso no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06. Denego ao acusado o direito de apelar em li herdade. Em fato, o delito de tráfico possui grande perniciosidade social, o qual está sempre associado a uma organização criminosa, em maior ou menor grau de proximidade, e com desdobramentos em outros crimes. Assim, a custódia cautelar do réu é necessária para a garantia da ordem pública. Ademais, o acusado permaneceu preso durante toda a instrução processual, de modo que agora condenado, sua soltura configurar-se-ia em contrassenso. A pena deverá ser cumprida em regime inicial fechado (cf. STF, HC nº 82.959-7/SP), em razão da gravidade do delito, considerado hediondo, e sua forte repercussão social. Por igual fundamento, incabível sursis e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, consoante aos artigos 44, inciso III e 77, inciso II, ambos do Código Penal. Transitada esta em julgado, lance-se o nome do réu no rol dos culpados, extraia-se guia de recolhimento e arquivem-se os autos. Determino a devolução do celular apreendido ao réu, por inexistir prova de que este tenha sido utilizado na prática criminosa. Intime-se o réu do prazo de 20 dias para a retirada do aparelho por procurador, com advertência de que decorrido lapso o bem será destruído (sentença, fls. 18/19).

Feitas essas considerações, passa-se à análise da dosimetria da reprimenda.

Na primeira fase, em razão dos critérios estabelecidos no artigo 42, da Lei nº 11.343/06, mantém-se o aumento da pena-base aplicado pelo Juízo a quo em 1/6 (um sexto), em razão da expressiva quantidade e diversidade de entorpecentes, fixando-se a reprimenda em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias- multa.

Ausentes causas modificadoras na segunda fase.

O paciente foi condenado pela prática de tráfico de drogas às penas de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, e 583 dias-multa,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tendo sido negada a aplicação da minorante inserta no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, nos termos seguintes:

Na terceira e derradeira, não se aplica o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.434/06, em razão do apelante "demonstrar periculosidade real", pois trazia consigo uma grande quantidade de entorpecentes, consistente em 7,13g (sete gramas e treze decigramas) de maconha e 261,52g (duzentos e sessenta e um gramas e cinqüenta e dois decigramas) de cocaína, além de artefatos para sua produção, como invólucros de plásticos vazios (STJ, HC: 205284 SP 2011/0096054-1, Rei. Min. Campos Marques Des. Convocado j. em 25/06/2013).

Em relação ao regime de cumprimento de pena, mantém-se o inicial fechado, já fixado pela r. sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos, considerando-se aqui, além da hediondez do delito por equiparação, a gravidade e nocividade concreta da conduta, também evidenciada pela quantidade e pela natureza da droga apreendida, o que recomenda que o desconto das penas privativas de liberdade seja iniciado em regime mais severo.

Ademais, entende-se que a determinação dada pela Lei nº 11.464/07 está em consonância com o princípio da isonomia, visto que trata de maneira distinta aquele que pratica delito que a própria Constituição Federal considera mais grave. A determinação legal de fixação do regime inicial fechado não impede a devida individualização da pena durante sua execução, quando, conforme as circunstâncias objetivas e subjetivas relacionadas a cada sentenciado, é possível a progressão de regime e obtenção de outros benefícios previstos na Lei de Execução Penal (acórdão, fls. 35/39).

De início, cumpre esclarecer que é pacífico o entendimento nesta Corte Superior de que a quantidade e/ou a natureza da droga **podem** justificar a não aplicação da minorante prevista no art. 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando evidenciarem a dedicação à atividade criminosa.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Este Superior Tribunal firmou a orientação de que a apreensão de grande quantidade de drogas, a depender das peculiaridades do caso concreto, é hábil a denotar a dedicação do acusado a atividades criminosas e, conseqüentemente, a impedir a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, porque indica maior envolvimento do agente com o mundo das drogas.

2. Não obstante a acusada seja tecnicamente primária e possuidora de bons antecedentes, as circunstâncias do caso concreto - notadamente, a natureza, a diversidade e a elevada quantidade de drogas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apreendidas (2.146,0 g de cocaína e de 1.590,0 g de crack) - levam a crer que a recorrida se dedicava a atividades delituosas, especialmente ao narcotráfico, porquanto evidente que não se trata de traficante ocasional.

3. A conclusão pelo afastamento da causa especial de diminuição não demanda o revolvimento de matéria fático-probatória, procedimento que, de fato, é obstado pela Súmula n. 7 deste Superior Tribunal. O caso em análise, diversamente, demanda apenas a reavaliação de fatos incontroversos que já estão delineados nos autos e das provas que já foram devidamente colhidas ao longo de toda a instrução probatória, bem como a discussão, meramente jurídica, acerca da interpretação a ser dada ao artigo de lei apontado como violado.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1442055/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2015, DJe 18/08/2015).

É exatamente o que ocorre na espécie, em que as instâncias ordinárias, com base nos elementos dos autos, negaram a aplicação do benefício em virtude da participação em organização criminosa e da quantidade de drogas (sentença, fl. 19, e acórdão, fl. 37), as quais evidenciaram o não preenchimento dos requisitos legais, sendo que a pretendida revisão do julgado implicaria o reexame do material cognitivo produzido nos autos, insuscetível de ser realizada na estreita via do *habeas corpus*.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA.

CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006.

AFASTAMENTO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. AFERIÇÃO.

REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPETRAÇÃO. VIA IMPRÓPRIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO E SUBSTITUIÇÃO DE PENA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

IMPOSSIBILIDADE. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. WRIT NÃO CONHECIDO.

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

2. O enfrentamento de teses jurídicas na via restrita pressupõe que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seja evidente e independa de qualquer análise probatória.

3. O parágrafo 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 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, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

4. Fixado na sentença condenatória e no acórdão da apelação, com base nos fatos, que o paciente se dedica a atividades criminosas (...situação em que nada se identifica com a pessoa do Réu, o qual, em caráter de habitualidade, por dispor de expressiva quantidade de drogas, em antro da traficância, expõe evidências no sentido de integrar organização criminosa espúria, dedicando-se, profissionalmente, ao tráfico de drogas, circunstância que evidencia seu enraizamento irresgatável ao submundo do crime...) é inviável o reconhecimento da minorante, pois não atende aos requisitos previstos na lei, conclusão que não pode ser alterada na via eleita, por demandar revolvimento fático-probatório.

5. Regime de cumprimento e substituição de pena, matérias que não foram decididas pelo Tribunal de origem, o que denota a incompetência deste Sodalício para analisar tais matérias, sob pena de indevida supressão de instância.

6. Embora esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entenda possível, em tese, a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, no caso concreto, essa benesse não se mostra razoável, até porque, mantido o quantum da pena, maior de 4 anos, o pleito é descabido.

7. É que apreendida grande quantidade de droga que atrai a incidência dos ditames norteadores do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, 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".

8. Condenado à pena de 5 anos de reclusão por tráfico de 13g de cloridrato de cocaína, acondicionados em 62 pequenos invólucros, correta a fixação do regime mais gravoso, o fechado.

9. Habeas corpus não conhecido.

(HC 192.828/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 01/08/2013)

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES.

TESE DE FALTA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. VIA IMPRÓPRIA. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. INAPLICABILIDADE NO CASO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. INVERSÃO DO JULGADO. VIA INADEQUADA.

1. O exame da tese de falta de provas para sustentar a condenação demanda, inevitavelmente, profundo reexame do material cognitivo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

produzido nos autos, o que, como é sabido, não se coaduna com a via estreita do writ, sobretudo se a instância ordinária, soberana na análise fático-probatória, restou convicta sobre a existência do crime e sua respectiva autoria.

2. *Não preenchidos os requisitos legais, conforme atestou o acórdão impugnado, o qual, de acordo com a prova produzida nos autos, afirmou tratar-se de réu que se dedicava às atividades criminosas, havendo indícios, inclusive, de que integrava organização criminosa, não faz jus o Paciente à aplicação da minorante inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/06.*

3. *Ademais, a via eleita é imprópria para o afastamento do entendimento adotado pela instância ordinária, em face da incabível dilação probatória que se faria necessária para reconhecer a presença dos requisitos subjetivos exigidos.*

4. *Ordem denegada.*

(HC 158.918/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 14/02/2012, DJe 28/02/2012)

Em seguida, pugna a impetrante pela fixação do regime menos gravoso e pela substituição da pena.

O regime inicial fechado foi fixado apenas com base na gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas (equiparado a hediondo), bem como na previsão legal do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, na redação dada pela Lei n. 11.464/2007.

Ocorre tal previsão legal foi declarada inconstitucional, *incidenter tantum*, pelo Plenário do STF no julgamento do HC n. 111.840/ES (Rel. Min. Dias Toffoli), sendo, a partir de então, afastada a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado, aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, tendo lá ficado consignado que as regras do art. 33 do CP deveriam ser utilizadas também na fixação do regime prisional inicial dos crimes hediondos e equiparados, daí o constrangimento ilegal.

O § 3º do art. 33 do CP, por sua vez, estabelece que a *determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código*. Ou seja, exige-se fundamentação concreta para a fixação de regime inicial mais gravoso do que a pena aplicada permite, nos termos do disposto das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF, *ad litteram*:

Súmula 440/STJ: Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Súmula 718/STF: A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

Súmula 719/STF: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Cito, a propósito, os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. NATUREZA, QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. INAPLICABILIDADE. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME MENOS GRAVOSO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Na espécie, não se vislumbra ilegalidade manifesta a ser reconhecida, porquanto as instâncias ordinárias adotaram fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o quantum imposto, tendo em vista a natureza, a quantidade e a diversidade das substâncias entorpecentes apreendidas.

2. O § 4º do art. 33 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, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

3. Concluído pelo Tribunal a quo que o paciente se dedicava a atividades criminosas, não incide ao referido redutor, 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 conjunto fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

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

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

6. In casu, a negativa de abrandamento do regime inicial baseou-se, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

7. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Execuções avaliar o caso sub judice, uma vez que o Tribunal a quo não analisou os elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, negando a modificação de regime, apenas em atenção ao disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90 (com a nova redação dada pela Lei n.º 11.464/07).

8. Ordem parcialmente concedida, 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 eventual modificação do regime inicial de cumprimento da pena (STJ, HC 217.931/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe de 27/08/2012).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. APELAÇÃO. EFEITO DEVOLUTIVO. MATÉRIA NÃO APRECIADA NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT NESSE PONTO.

[...]

REGIME PRISIONAL. NARCOTRÁFICO. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI 11.464/07. FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E DESTE STJ. CONSTRANGIMENTO PARCIALMENTE DEMONSTRADO.

1. Diante da declaração de inconstitucionalidade, pelo Plenário do STF, do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, com a redação que lhe foi conferida pela Lei 11.464/07, que estabelecia o modo inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos delitos hediondos, cometidos após a sua entrada em vigor, o regime prisional para esses tipos de crimes deve agora ser fixado de acordo com o previsto no art. 33, e seus parágrafos, do Código Penal.

2. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, concedida em parte apenas para afastar a vedação legal à substituição da sanção reclusiva por restritivas de direito, bem como o óbice à imposição de regime inicial diverso do fechado, determinando-se que o Juízo das Execuções analise o eventual preenchimento, pelo sentenciado, dos requisitos exigidos pelo art. 44 do Código Penal para a concessão da pretendida permuta, e a possibilidade de imposição de regime inicial mais benéfico, a ser estabelecido de acordo com o art. 33 do CP (STJ, HC 245.849/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 18/09/2012, DJe de 24/09/2012).

Por fim, mantidos os termos do acórdão impugnado, no que tange ao *quantum* da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena, resta prejudicada a análise do pleito de substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, visto que o *quantum* de pena fixado, superior a 4 anos de reclusão, não comporta a concessão do benefício, a teor do art. 44, I, do Código Penal.

Ante o exposto, voto por não conhecer do *habeas corpus*, mas, de ofício, concedo a ordem apenas para que o juízo das execuções proceda à nova fixação do regime inicial de cumprimento da pena, com estrita observância às regras do art. 33 do CP, afastada a gravidade abstrata do delito e a previsão legal do art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/90, na redação da Lei n. 11.464/2007.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0276595-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 340.221 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0001197982014 00011979820148260066 1197982014 11979820148260066 2182014
2662014 382014

EM MESA

JULGADO: 15/09/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GUSTAVO SAMUEL DA SILVA SANTOS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ APARECIDO GONÇALVES

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 Antonio Saldanha Palheiro, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.