



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 270.685 - SP (2013/0155080-7)

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WILLIANS RAMOS DE OLIVEIRA LIMA (PRESO)
ADVOGADO : RAFAEL RAMIA MUNERATTI - DEFENSOR PÚBLICO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06. FIXAÇÃO DO *QUANTUM* DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, NO PATAMAR DE 1/5 (UM QUINTO). AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO POR FATO ANTERIOR COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR AO CRIME EM ANÁLISE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO AFASTADA. VIABILIDADE DE ESTABELECIMENTO DE REGIME MENOS GRAVOSO. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

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

4. Assim, no caso, verifica-se que o Paciente já foi por demais beneficiado, pois, apesar possuir maus antecedentes, foi agraciado pelo Magistrado sentenciante com a aplicação da minorante no patamar de 1/5 (um quinto).

5. A condenação por fato anterior, mas com trânsito em julgado posterior



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao crime em análise justifica o reconhecimento dos maus antecedentes. Precedentes.

6. O Plenário do Supremo Tribunal Federal afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. No caso dos autos, o regime inicial fechado foi estabelecido com base na Lei dos Crimes Hediondos e em considerações genéricas acerca do crime de tráfico de drogas, o que se afigura ilegal, de forma que se mostra cabível, no caso, a fixação do regime inicial semiaberto.

7. No tocante à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, o Plenário da Suprema Corte, nos autos do HC n.º 97.256/RS, julgou inconstitucional a vedação contida no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

8. Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra socialmente recomendável a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, sobretudo em razão da qualidade da substância entorpecente apreendida (*crack*) e do fato de o Paciente possuir outra condenação com trânsito em julgado.

9. *Writ* não conhecido. Ordem de *habeas corpus* concedida, de ofício, para, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado, fixar o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada ao Paciente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 20 de maio de 2014 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 270.685 - SP (2013/0155080-7)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WILLIANS RAMOS DE OLIVEIRA LIMA (PRESO)
ADVOGADO : RAFAEL RAMIA MUNERATTI - DEFENSOR PÚBLICO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de WILLIANS RAMOS DE OLIVEIRA LIMA, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação n.º 0011249-12.2011.8.26.0050, assim ementado:

"APELAÇÃO CRIMINAL - Tráfico de Drogas - Absolvição por insuficiência probatória - Incabível - Provas robustas e suficientes para sustentar o decreto condenatório - Redução da pena - Impossibilidade - Pena bem dosada - Fixação de regime aberto ou substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos - Inadmissibilidade - Regime aplicado por imposição legal - Delito incompatível com a fixação de pena restritiva de direito - Inconstitucionalidade da pena de multa - Pena pecuniária prevista em Lei - Apelo não provido." (Fl. 53)

Consta dos autos que o Paciente - preso em flagrante, em 16/02/2011, levando consigo 32 pedras de crack - foi condenado às penas de 04 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 400 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006.

Foi interposto recurso de apelação pela Defesa, que restou denegado pelo Tribunal de origem.

No presente *writ*, sustenta-se, em suma, que: (i) a causa de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas deveria ter sido aplicada em seu percentual máximo, em razão do atendimento dos requisitos pelo Paciente; (ii) o regime inicial mais rigoroso teria sido fixado apenas em razão da vedação legal e (iii) a proibição de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos a quem foi beneficiado com o redutor do § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2011 ofenderia o princípio da individualização da pena.

Requer, liminarmente, seja expedido alvará de soltura em favor do Paciente, ou seja transferido imediatamente para o regime aberto ou semiaberto. No mérito, pugna pela aplicação do redutor do § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas, no grau máximo, pela fixação de regime de cumprimento menos gravoso e pela substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Indeferi o pedido liminar às fls. 65/66.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 75/90.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 94/97, opinando pelo não conhecimento do *habeas corpus* ou, caso conhecido, por sua denegação.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 270.685 - SP (2013/0155080-7)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06. FIXAÇÃO DO *QUANTUM* DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, NO PATAMAR DE 1/5 (UM QUINTO). AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO POR FATO ANTERIOR COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR AO CRIME EM ANÁLISE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO AFASTADA. VIABILIDADE DE ESTABELECIMENTO DE REGIME MENOS GRAVOSO. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

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

4. Assim, no caso, verifica-se que o Paciente já foi por demais beneficiado, pois, apesar possuir maus antecedentes, foi agraciado pelo Magistrado sentenciante com a aplicação da minorante no patamar de 1/5 (um quinto).

5. A condenação por fato anterior, mas com trânsito em julgado posterior ao crime em análise justifica o reconhecimento dos maus antecedentes. Precedentes.

6. O Plenário do Supremo Tribunal Federal afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. No caso dos autos, o regime inicial fechado foi estabelecido com base na Lei dos Crimes Hediondos e em considerações genéricas acerca do crime de tráfico de drogas, o que se afigura ilegal, de forma que se mostra cabível, no caso, a fixação do regime inicial semiaberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. No tocante à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, o Plenário da Suprema Corte, nos autos do HC n.º 97.256/RS, julgou inconstitucional a vedação contida no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

8. Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra socialmente recomendável a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, sobretudo em razão da qualidade da substância entorpecente apreendida (*crack*) e do fato de o Paciente possuir outra condenação com trânsito em julgado.

9. *Writ* não conhecido. Ordem de *habeas corpus* concedida, de ofício, para, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado, fixar o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada ao Paciente.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as turmas que compõem a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao **recurso ordinário constitucional**, nas hipóteses em que esse último é cabível. Isso porque as competências do Pretório Excelso e desta Corte tratam-se de matéria de direito estrito, previstas taxativamente na Constituição da República.

Contudo, a Suprema Corte não admite a extensão desse entendimento, por este Tribunal, aos casos de ***writ* substitutivo de recurso especial** (HC 115.715, Rel. Min. ROSA WEBER, Rel. p/ acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 12/09/2013; RHC 117.845, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 07/10/2013; HC 113.690, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 08/10/2012), diante do que prevê a alínea c, inciso I, do art. 105, do Texto Constitucional.

Por isso, vinha insistindo no conhecimento do *mandamus* em tais casos, já que não há, na Carta Magna, limitação em tal sentido. Ao contrário, confere a Constituição plena eficácia ao remédio constitucional do *habeas corpus* para salvaguarda do direito ambulatorial (cabível tão somente a restrição que se conclui da regra processual prevista em seu art. 105, inciso II, alínea a).

Vale reproduzir, inclusive, no ponto, fundamentação exarada pelo Eminente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro CELSO DE MELLO, ao proferir voto vogal no julgamento do HC 110.118/MS pela Segunda Turma do Pretório Excelso, *in verbis*:

"Talvez a questão mais importante, neste caso, não seja a questão de fundo, mas, sim, a controvérsia em torno da admissibilidade e pertinência do remédio constitucional do "habeas corpus", que não pode ser comprometido, em sua eficácia e utilização, por razões, ainda que compreensíveis, de índole pragmática.

Tenho para mim que a decisão emanada do E. Superior Tribunal de Justiça, da lavra do eminente Ministro GILSON DIPP, mostra-se extremamente restritiva quanto à utilização do "habeas corpus", culminando por frustrar a aplicabilidade e a eficácia de um dos remédios constitucionais mais caros à preservação do regime de tutela e amparo à liberdade de locomoção física das pessoas.

O E. Superior Tribunal de Justiça, no acórdão objeto desta impetração, não conheceu da ação de "habeas corpus" lá ajuizada, por haver entendido tratar-se de "utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais".

Ao assim decidir, o E. Superior Tribunal de Justiça salientou, com apoio em fundamentação de que divirjo, que se vem registrando, no âmbito dos Tribunais, "uma irrefletida banalização e vulgarização do 'habeas-corpus'".

Preocupa-me, Senhor Presidente, abordagem tão limitativa das virtualidades jurídicas de que se acha impregnado o remédio constitucional do "habeas corpus" [...].

[...].

Desse modo, cabe insistir na asserção de que o "habeas corpus", em sua condição de instrumento de ativação da jurisdição constitucional das liberdades, configura poderoso meio de cessação do injusto constrangimento que afeta o direito de locomoção física das pessoas [...].

[..].

Delineado, assim, esse itinerário que o "habeas corpus" percorreu em nosso sistema de direito positivo, e consolidada, hoje, a função clássica que lhe é inerente - não obstante as vicissitudes impostas a esse importantíssimo remédio constitucional, tão temido por regimes autocráticos, como o atesta o art. 10 do AI nº 5/68 -, causa-me preocupação essa nova diretriz que vem de ser adotada pela colenda Quinta Turma do E. Superior Tribunal de Justiça e que, caso eventualmente prevaleça, implicará gravíssima restrição a um fundamental instrumento de proteção jurisdicional da liberdade em nosso País.

Torna-se fácil concluir, do que venho de expor, que o E. STJ restringiu, excessivamente, o alcance do remédio constitucional do "habeas corpus", impondo-lhe condicionamentos que a jurisprudência desta Corte Suprema considera inadmissíveis." (grifos originais).

O julgamento do referido feito restou assim ementado:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"Criminal. Impetração de habeas corpus substitutivo de recurso especial. Admissibilidade. Peculiaridades do caso concreto. Concessão da ordem. O eventual cabimento de recurso especial não constitui óbice à impetração de habeas corpus, desde que o direito-fim se identifique direta e imediatamente com a liberdade de locomoção física do paciente. Habeas corpus concedido, para que o STJ aprecie o mérito do HC 176.122/MS." (HC 110.118, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Rel. p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe de 07/08/2012 – grifei.)

Porém, não obstante o posicionamento do Supremo Tribunal Federal – com o qual me alinho –, fiquei vencida ao conhecer de *habeas corpus* substitutivos de recursos ordinários, no julgamento, pela Quinta Turma desta Superior Tribunal, dos HHCC 266.835/SP e 274.618/SP, em 21/11/2013.

Por tal razão, passarei a decidir de acordo com o entendimento majoritário deste Colegiado para – frise-se, com ressalva do meu posicionamento pessoal –, não conhecer de *writ* substitutivo de recurso especial, até que tal orientação, venha, eventualmente, a ser modificada. Isso, contudo, sem prejuízo de deferir-se ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

No caso, o Paciente - preso em flagrante, em 16/02/2011, levando consigo 32 pedras de crack - foi condenado às penas de 04 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 400 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006.

O Magistrado sentenciante aplicou ao Paciente a causa de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, nos seguintes termos:

"[...] A lei anota, em princípio, o impedimento da utilização do § 4.º do artigo 33 da lei antidrogas aos réus que não são primários e de bons antecedentes. O réu não ostenta bons antecedentes, já tendo sido condenado em definitivo por furto. Assim, não faria jus a qualquer redução da sanção com base nesta circunstância. Ocorre que o caso em tela, por suas peculiaridades, deve comportar alguma redução nesse ponto. Tal redução se dá excepcionalmente, atendendo-se ao balanceamento entre bem jurídico tutelado e violado, assim como ao princípio da proporcionalidade (in casu, as penas que poderiam ser impostas ao réu primário e sem antecedentes a outro também primário mas não nessa situação de bons antecedentes estariam de tal modo discrepantes, quanto ao seu montante final, que a razoabilidade no tocante ao sancionamento das infrações penais, seria maculado). Demais disso, presente a necessidade de se postar uma política criminal judicial ao caso concreto, baseada também nas circunstâncias pessoais do réu, ao que parece morador de rua e, de qualquer modo, além de traficante também usuário, além da quantidade não grande de droga, muito embora seja entorpecente dos mais potentes e graves à saúde pública, em virtude de seu alto grau viciante. Além do que já constou, a condenação anterior havida se deu por delito sem violência ou grave ameaça à pessoa, não sendo ainda relacionado ao comércio ilícito de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

drogas. Desse modo, reduz-se a pena de um quinto de seu total." (Fl. 34, sem grifos no original.)

Cumpre anotar que são requisitos para que o traficante faça jus à aplicação da causa de diminuição de pena prevista no referido § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Esses requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente.

Desse modo, à luz dos dispositivos acima mencionados, verifica-se que o Paciente **já foi por demais beneficiado**, pois, apesar de possuir maus antecedentes, como ressaltado na sentença condenatória, foi agraciado com a aplicação da minorante no patamar de 1/5 (um quinto).

Nesse sentido, vejam-se os seguintes julgados desta Corte, *mutatis mutandis*:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. MAUS ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIA QUE IMPEDE A APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. PENA DE MULTA. INCONSTITUCIONALIDADE. INADEQUAÇÃO DO HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE RISCO À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. NÃO CONHECIMENTO.

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. ***Inaplicável a causa especial de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, na medida em que, conforme consignado pelo Colegiado estadual, de forma devidamente fundamentada, o paciente não preenche os requisitos legais, porquanto ostenta maus antecedentes.***

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. In casu, tendo a reprimenda final do paciente alcançado 5 anos e 10 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição. Pelo mesmo raciocínio, também é inviável a concessão do regime aberto.*

4. *O habeas corpus não é via idônea à discussão acerca da alegada inconstitucionalidade da pena de multa, ante a ausência de ameaça/violação à liberdade de locomoção.*

5. *Habeas corpus não conhecido."* (HC 276.666/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 26/03/2014.)

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ANTERIOR CONDENÇÃO PELO CRIME DE USO DE ENTORPECENTES. ART. 28 DA LEI N.º 11.343/2006. TESE DE ABOLITIO CRIMINIS AFASTADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NATUREZA JURÍDICA DE CRIME QUE TORNA POSSÍVEL A CONFIGURAÇÃO DE REINCIDÊNCIA/MAUS ANTECEDENTES. DECURSO DE LAPSO TEMPORAL SUPERIOR A CINCO ANOS ENTRE O TÉRMINO DA CONDENÇÃO ANTERIOR E A DATA DO NOVO CRIME. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE ANTECEDENTES. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006. MAUS ANTECEDENTES. VEDAÇÃO EXPRESSA. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS BRANDO. REGIME SEMIABERTO E LIVRAMENTO CONDICIONAL CONCEDIDOS. PEDIDO PREJUDICADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE PREJUDICADA E, NO MAIS, NÃO CONHECIDA.

[...]

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

6. Quanto ao pedido de fixação do regime inicial menos gravoso, verifica-se que o Paciente progrediu ao regime semiaberto em 24/09/2012, e foi beneficiado com o livramento condicional em 13/03/2013, o que evidencia a perda do interesse processual, no ponto.

7. Ordem de habeas corpus parcialmente prejudicada e, no mais, não conhecida." (HC 245.581/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 26/03/2014.)

No que concerne à alegação de que o trânsito em julgado do crime de furto ocorreu posteriormente ao cometimento do delito de tráfico ilícito de entorpecentes, registro que a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é firme no sentido de que as condenações relativas a fatos ocorridos em período anterior ao crime em julgamento poderão ser utilizadas para majorar a pena-base, bastando que na data da prolação da sentença já tenha ocorrido o trânsito em julgado da condenação, o que ocorreu no caso em exame.

Por oportuno, confirmam-se os seguintes julgados:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA. MAUS ANTECEDENTES. CARACTERIZAÇÃO. CONDENÇÃO COM CERTIFICAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO APÓS A PRÁTICA DO DELITO EM ANÁLISE. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O agravante não apresentou argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

enseja a negativa de provimento ao agravo regimental.

2. Condenações por fatos anteriores ao apurado na ação penal sob debate, ainda que com trânsito em julgado posterior, justificam o aumento da pena-base pela valoração de maus antecedentes.

3. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no AREsp 35.077/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2013, DJe 02/04/2013; grifos acrescidos.)

"HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CARACTERIZAÇÃO. CONDENAÇÃO COM CERTIFICAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO APÓS A PRÁTICA DO DELITO EM ANÁLISE. POSSIBILIDADE. REGIME FECHADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. Condenações por fatos anteriores ao apurado na ação penal de que se cuida, ainda que com trânsito em julgado posterior, não servem para caracterizar a agravante da reincidência, podendo, contudo, fundamentar a exasperação da pena-base como maus antecedentes.

2. Na hipótese, embora a reprimenda não alcance 8 (oito) anos de reclusão, tendo sido fixada em 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, o regime fechado deve ser mantido para o início da expiação, principalmente à vista das circunstâncias tidas como desfavoráveis.

3. Ordem denegada." (HC 87.487/SP, Rel. o Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe 13/08/2012; grifo acrescido.)

No tocante ao regime de cumprimento de pena, diante da declaração de inconstitucionalidade do art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07, pelo Supremo Tribunal Federal, não é mais possível fixar o regime prisional fechado com base no mencionado dispositivo.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO/REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. ILEGALIDADE MANIFESTA DECORRENTE DA VEDAÇÃO LEGAL À FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO E À SUBSTITUIÇÃO DA PENA.

1. O habeas corpus impetrado não foi conhecido em razão do caráter substitutivo de recurso/revisão criminal, estando, neste ponto, em consonância com o inconformismo recursal.

2. Evidenciada ilegalidade flagrante, a ordem foi concedida de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

3. Decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o dispositivo da Lei n. 11.343/2006 que veda a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos (HC n. 97.256/RS, Ministro Carlos Ayres Britto).

4. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do HC n. 111.840/ES, declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, possibilitando aos condenados por crime de tráfico cumprir pena em regime prisional inicial diverso do fechado.

5. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC 257.563/SP, Rel.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 01/02/2013.)

No caso dos autos, o regime inicial fechado foi estabelecido com base na Lei dos Crimes Hediondos e em considerações genéricas acerca do crime de tráfico de drogas, o que se afigura ilegal, de forma que se mostra cabível, no caso, a fixação do regime inicial semiaberto.

Por fim, no tocante à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, o Plenário da Suprema Corte, nos autos do HC n.º 97.256/RS, julgou inconstitucional a vedação contida no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra socialmente recomendável a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, sobretudo em razão da qualidade da substância entorpecente apreendida (*crack*) e do fato de o Paciente possuir outra condenação com trânsito em julgado.

Ilustrativamente:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LEI Nº 11.343/06. INVIABILIDADE DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITO. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGA.

1. O Supremo Tribunal Federal entendeu possível, já diante da Lei nº 11.343/06, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ao considerar a inconstitucionalidade de parte do § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos.

2. Em observância, todavia, ao art. 44, III, do Código Penal, diante da quantidade e diversidade da droga apreendida, não se mostra socialmente recomendável o deferimento do benefício da substituição de pena.

3. Eventual conversão da pena corporal em medidas restritivas de direito consubstanciaria infringência ao princípio da proporcionalidade, em sua face que veda a proteção deficiente a bens jurídicos constitucionalmente tutelados. No caso, a saúde pública.

4. Ordem denegada." (HC 241.545/DF, 6.ª Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 25/06/2012.)

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do writ. Porém, CONCEDO HABEAS CORPUS, DE OFÍCIO, para, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado, fixar o **regime semiaberto** para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada ao Paciente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0155080-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 270.685 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0112491220118260050 050110112490 112491220118260050 20130000135205
50110112490

EM MESA

JULGADO: 20/05/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: WILLIANS RAMOS DE OLIVEIRA LIMA (PRESO)
ADVOGADO	: RAFAEL RAMIA MUNERATTI - DEFENSOR PÚBLICO

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.