



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 217.931 - SP (2011/0213582-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : LUANA PEREIRA DO AMARAL - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DANIEL TEIXEIRA DAMAS

EMENTA

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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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.

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: "A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 16 de agosto de 2012(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 217.931 - SP (2011/0213582-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : LUANA PEREIRA DO AMARAL - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DANIEL TEIXEIRA DAMAS

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por Defensora Pública em favor de DANIEL TEIXEIRA DAMAS, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n.º 91773622-55.2009.8.26.0000).

Narra a impetração que o paciente foi condenado pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, à pena de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, sendo tal condenação mantida pelo Tribunal *a quo* no julgamento do apelo interposto pela defesa.

Daí o presente *writ*, com o qual o impetrante pretende a alteração da pena-base, fixada acima do mínimo legal, sob o argumento de que a fundamentação é inidônea, bem como, busca a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

Ressalta que a natureza da droga não pode ser elemento de justificação do aumento da pena, já que não previsto pela norma incriminadora a distinção entre as várias espécies de entorpecentes, ao passo que a condição pessoal do paciente o qualifica para a percepção do benefício da diminuição da pena.

Por fim, após de extraído o acréscimo ilegal da reprimenda base, sustenta a possibilidade de o paciente iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime menos gravoso, devendo-lhe ser permitida a sua substituição por restritivas de direito ou mesmo a ser-lhe concedido o *sursis*.

Requer, liminarmente e no mérito, seja concedida a ordem e modificada, desde logo, a situação prisional do paciente.

A liminar foi indeferida às fls. 60/61.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Moacir Mendes Sousa, pela denegação da ordem (fls.).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 217.931 - SP (2011/0213582-0)

EMENTA

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 Execuções



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Busca-se, por meio da presente impetração, a revisão da dosimetria da pena imposta ao paciente, bem como a alteração do regime inicial de cumprimento de pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ou a concessão do *sursis*.

Para melhor deslinde da controvérsia, mister transcrever excerto do édito condenatório, no que interessa:

Atendendo aos critérios norteadores de aplicação da pena estabelecidos no artigo 59 do Código Penal, fixo a pena-base acima do mínimo previsto no preceito sancionador, majorando-a em 1/3, para fixá-la em: 6 anos e 8 meses de reclusão, e 666 dias-multa, tendo em vista a condição de traficante de cocaína, inclusive na forma de pedras de "crack", substância altamente tóxica, que exige maior rigor no seu combate. Observo que no cômputo da pena-base já foi considerada a primariedade (fls. 05 do apenso de certidões).

Torno a pena em definitiva, em virtude da ausência de causas de aumento e diminuição.

E inegável o elevado risco que a cocaína acarreta na saúde pública, fato que não pode ser ignorado pelo julgador. Nesse contexto:

(...)

Não se olvide que o artigo 42 da Lei nº 11.343/06 determina que o Juiz de Direito considere, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, entre outras circunstâncias.

Incabível a redução da pena mencionada no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06. Explica-se.

De acordo com os preceitos do artigo 59 do Código Penal há que se levar em conta também, na primeira fase da fixação da reprimenda, a conduta social do réu, isto é, o papel que ele exerce na comunidade: no caso concreto, deve-se observar a condição de traficante de cocaína, inclusive na forma de pedras de "crack", que exerce conduta deletéria no seio da comunidade.

Ademais, consta do § 4º do artigo 33 do supracitado dispositivo legal que as penas poderão ser reduzidas quando o agente "seja primário, de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

bons antecedentes, não se dedique as atividades criminosas nem integre organização criminosa".

Aparentemente, o legislador pátrio não atuou com a costumeira coerência e bom senso, porque todo traficante se dedica às atividades criminosas, especialmente em se considerando que conta ele com o auxílio de comparsas dentro da pirâmide do tráfico, tais como: o "olheiro" (que fica à espreita observando a chegada eventual de policiais), o "aviãozinho", o "fumacinha" ou o "vaporzinho" (que promove a entrega da droga ao usuário), entre outros. Importante ressaltar que tais atividades, comumente, são exercidas por menores de idade que são corrompidos pela ilusão de obter "dinheiro fácil", como no caso concreto em que o réu agia em concurso com o sobrinho.

Não há como se negar que o réu se dedicava às atividades criminosas (tráfico de "cocaína", inclusive na forma de pedras de "crack", que acarreta elevado risco à saúde pública), o que afasta a possibilidade da redução pleiteada.

Releva notar que o legislador infraconstitucional facultou a redução da pena, e não a impôs simplesmente.

Cumpra ao intérprete do Direito, descobrir o sentido da norma jurídica (Lei 11.343/06), pesquisando seu verdadeiro alcance.

Para nos orientarmos nessa tarefa interpretativa, temos à nossa disposição várias técnicas: gramatical, sistemática, histórica e sociológica ou teleológica.

Inegavelmente, todas elas demonstram que o legislador tornou mais rigorosa a sanção imposta ao traficante; é o raciocínio lógico a que chegamos (interpretação lógica).

A averiguação dos antecedentes da mencionada norma ou o histórico legislativo (interpretação histórica); as exigências sociais (interpretação sociológica ou teleológica), bem como a interpretação gramatical evidenciam a preocupação dos legisladores em geral em coibir a disseminação de substância entorpecente no globo terrestre.

As regras de hermenêutica demonstram que o legislador pátrio não foi nada brando ao majorar as penas impostas aos transgressores da nova lei de combate às drogas.

Razões de ordem pública demonstram que é inviável a diminuição da reprimenda a quem do mínimo cominado no preceito sancionador.

As atenuantes genéricas, bem como as agravantes da mesma natureza, somente operam entre limites legais da pena. Se assim não fosse, todo delito poderia, na hipótese de ocorrer uma dessas circunstâncias, ter a pena cominada de forma indeterminada, de acordo com o arbítrio do Magistrado, que teria a faculdade de fixá-la abaixo dos extremos legais.

Dessa forma, estaria sendo violado o texto do artigo 5º, inciso XXXIX, da Carta Suprema, que preceitua que não há pena sem prévia cominação legal. Uma vez fixado na Constituição da República o princípio da legalidade, não há margens para sanções indeterminadas no sistema legal.

Não se olvide que a Lei nº 11/343/06 não pode violar o comando constitucional, sob pena de ser declarada inconstitucional, por incompatível com a Carta Suprema.

O texto do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição da República, evidencia que o legislador constituinte objetivou maior rigor ao combate ao tráfico ilícito de substância entorpecente, porém o legislador



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inconstitucional não cumpriu o mandamento constitucional ao prever a diminuição de pena no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06. Nesse aspecto, salvo melhor juízo, a mencionada lei é inconstitucional.

Diante de tais argumentos, deixo de diminuir a pena imposta ao réu.

Face o exposto, JULGO PROCEDENTE a presente ação penal e CONDENO o réu DANIEL TEIXEIRA DAMAS, qualificado nos autos às fls. 27 e 67, ao cumprimento da pena de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, e 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa, como incurso nas penas do art. 33, "caput", da Lei 11.343/06, com a observância do disposto na Lei 8.072/30.

(...)

Por imposição legal, o réu deverá iniciar o cumprimento da pena em regime fechado.

Observo que, de rigor, em casos de condenação por tráfico de entorpecente a imposição do regime inicial fechado, tendo em vista a presumida periculosidade de delinquentes do tipo.

Na hipótese dos autos, porém, há mais um motivo, uma vez que os fatos ocorreram sob a égide da Lei nº 8.072/90, cujos dispositivos são claros quanto ao fato de que os condenados por tráfico ilícito de substância entorpecente têm que iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada em regime fechado (fls. 38/41).

O Colegiado estadual, por sua vez, assim de manifestou:

(...) a r. sentença é de ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, posto que examinou toda a matéria deduzida em juízo, e o fez bem, de forma técnica, concluindo por desfecho que indubitavelmente é de ser mantido.

Quanto a dosimetria penal, a r. sentença também não merece nenhum reparo, eis que foram observados os ditames legais para a sua fixação.

A pena base foi fixada dentro das diretrizes do artigo 59 do Código Penal, 1/3 acima do mínimo legal, em face da quantia de droga apreendida, sua diversidade e potencialidade lesiva, em 6 anos e 8 meses de reclusão e 666 dias multa, no piso.

Entretanto, impossível se mostra a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, no caso sob exame.

A primariedade do acusado não é causa bastante para que se opere tal redução, devendo ser examinado todos os requisitos subjetivos para que tal se dê, o que não se encontra presente no caso em tela.

Vale ressaltar que o apelante foi surpreendido com razoável quantidade de entorpecente, separadas em porções, além da quantia em dinheiro, a indicar por si só sua dedicação a manobras de traficância, eis que a quantia fatalmente seria posta no mercado clandestino já com destino traçado, o que caracteriza sua periculosidade, fatores que contraindicam tal diminuição, que fica assim afastada.

Frise-se que mencionado parágrafo emprega o termo "poderão", o que seguramente indica não ser obrigatória a redução, que, aliás, seria proibida em caso de agente não primário ou sem bons antecedentes, e que se dedique a atividades criminosas, ou integrem organizações criminosas.

Ocorre, porém, que mesmo em casos que não haja tal proibição, a aplicação de tal causa não é obrigatória, pelo que impossível seu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reconhecimento no caso em tela.

Por fim, foi fixado o regime inicial fechado para o cumprimento da sanção, de acordo com a determinação constante no artigo 1º da Lei 11.464/07, que regula os crimes hediondos, hipótese equiparada ao caso concreto, pelo que, não há nada a se modificar nas penas e regime impostos, que deverão permanecer como fixadas.

Posto isto, **NEGO PROVIMENTO** a apelação interposta, mantida a r. sentença tal qual foi lançada (fls. 54/55).

No tocante à fixação da pena-base acima do mínimo legal, observa-se que foram adotados elementos concretos para justificar a dosimetria, não parecendo arbitrário o *quantum* imposto, tendo em vista a natureza, a quantidade e a diversidade das substâncias entorpecentes apreendidas - 11,8 g de maconha, 38,7 g de cocaína e 2,52 g de *crack* (fl. 25) -, a atrair a incidência dos ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/06, que dispõe que "o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

Assim, demonstrado o alto grau de reprovabilidade da conduta, decorrente da natureza, da quantidade e variedade das drogas apreendidas, as instâncias ordinárias entenderam ser imperiosa uma resposta penal mais efetiva, restando plenamente justificada a exasperação da pena-base.

No tocante à possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição de pena, 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.

In casu, o Colegiado estadual manteve a negativa de aplicação da referida benesse legal, por entender, tal como o Juízo sentenciante, que o paciente se dedicava a atividades criminosas.

Dessarte, afigura-se inviável a aplicação do aludido redutor, uma vez que tal conclusão não pode ser revista sem o necessário revolvimento no conjunto fático-probatório amealhado ao feito, o que é não se admite em sede de *habeas corpus*, via angusta por excelência.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS E PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ELEVADA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO. ILEGALIDADE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NÃO DEMONSTRADA. ORDEM DENEGADA.

1. Revela-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, quando o agente foi condenado pelo crime do art. 35 da Lei nº 11.343/06, o que demonstra a sua dedicação a atividades criminosas e a sua participação em organização criminosa, no caso especialmente voltada para o cometimento do crime de tráfico de entorpecentes, especialmente porque foi apreendida elevada quantidade de droga em seu poder - aproximadamente 70 quilos de cocaína, distribuídos em 70 pacotes.

2. Para concluir-se que o condenado não se dedicava a atividades ilícitas nem seria integrante de organização voltada à prática de crimes, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório colacionado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional.

3. Ordem denegada.

(HC 206.837/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2012, DJe 10/02/2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. VIA INADEQUADA. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. QUANTUM DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. 13 KG DE COCAÍNA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE QUE INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ORDEM DENEGADA.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do *habeas corpus*, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. As hipóteses de cabimento do writ são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

2. Não é possível a impetração de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial. Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória.

3. O writ não foi criado para a finalidade aqui empregada, de discutir a dosimetria da pena. Há que se utilizar o recurso cabível ou, após o trânsito em julgado, a revisão criminal, se for o caso. A prevalecer tal postura, o recurso especial tornar-se-á totalmente inócuo. Certamente não foi essa a intenção do legislador constituinte ao prever o *habeas corpus* no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal, e, em seu art. 105, III, definir as hipóteses de cabimento do recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça.

4. *In casu*, não se vislumbra ilegalidade manifesta a ser reconhecida, pois foram adotados fundamentos concretos para justificar a dosimetria da pena, não parecendo arbitrário o *quantum* imposto. Foi ressaltada a grande quantidade de entorpecente apreendida (cerca de 13 kg de cocaína), bem como indicado que o paciente integra associação criminosa, conclusão que não pode ser alterada na via eleita, por demandar o exame das provas. Sobre o tema, deve-se ter em conta o disposto no art. 42 da Lei nº 11.343/06, segundo o qual "o juiz, na fixação das penas, considerará, com



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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".

5. *Habeas corpus* denegado.

(HC 135.846/MG, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2011, DJe 19/12/2011)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE QUE INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AFASTAMENTO DA APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA.

1. As penas-base dos réus foram fixadas fundamentadamente acima do mínimo legal em razão da expressiva quantidade de droga apreendida, em consonância com o art. 42 da Lei de Drogas, ressaltando-se, ainda, a existência de antecedente negativo quanto ao réu (...).

2. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

3. É inaplicável a minorante legal ao caso, pois, embora os pacientes sejam primários, não atendem ao requisito previsto no mencionado artigo, uma vez que concluído pela instância ordinária que integram organização criminosa.

4. Para concluir em sentido diverso, haveria necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência descabida na via estreita do *habeas corpus*. Precedentes do STJ e do STF.

5. Ordem denegada.

(HC 162.375/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2011, DJe 19/10/2011)

Do Supremo Tribunal Federal, colho os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTE. 1. INAPLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE QUE INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. 2. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVA EM HABEAS CORPUS. 3. INEXISTÊNCIA DE CONTRARIEDADE AO ART. 93, INC. IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

1. Inaplicabilidade da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Paciente que, nos termos do que assentado nas instâncias antecedentes, integra organização criminosa. Precedente.

2. Afastar a premissa de que o Paciente integra organização criminosa demandaria o reexame dos fatos e das provas dos autos, ao que não se presta o *habeas corpus*.

3. Não há falar em contrariedade ao art. 93, inc. IX, da Constituição da República, pois, embora em sentido contrário à pretensão do ora Paciente, o juízo da 4ª Vara de Guarulhos/SP, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região e o Superior Tribunal de Justiça apresentaram suficiente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentação ao decidir pela inaplicabilidade da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

4. Ordem denegada.

(HC 109.991/SP, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 07/12/2011)

PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. APLICAÇÃO RETROATIVA DO PARÁGRAFO 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. INADMISSIBILIDADE. COMBINAÇÃO DE LEIS. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. *WRIT* DENEGADO.

(...)

6. Por fim, vale ressaltar que, para aplicação do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, o agente deve preencher os seguintes requisitos: ser primário, ter bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

7. No caso concreto, por força dos estreitos limites do *habeas corpus*, não há como verificar se o paciente, efetivamente, não se dedicava às atividades criminosas, nem integrava organização criminosa.

8. Esta Corte tem orientação pacífica no sentido da incompatibilidade do *habeas corpus* quando houver necessidade de apurado reexame de fatos e provas (HC 89.877/ES, rel. Min. Eros Grau, DJ 15.12.2006).

9. *Writ* denegado.

(HC 98.766/MG, Rel. Ministra ELLEN GRACIE, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 04/03/2010)

Quanto à possibilidade de abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, cumpre salientar que, tanto a estipulação do regime inicial fechado - contida no § 1º do art. 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 art. 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)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O citado *writ* possui esta ementa:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO DE RÉGIME 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; Julgamento: 24/11/2009; Segunda Turma; DJe-027 - 12-02-2010)

Diante disso, 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 expandido, 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 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 n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus n.º 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 n.º 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 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 pelo Pretório Excelso 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.

Na hipótese vertente, entretanto, não se afigura possível a concessão da pretendida substituição.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 6 (seis) anos e 8 (oito) 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*.

Nesta senda:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REDUÇÃO DA PENA-BASE. REPRIMENDA JÁ FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. IMPOSIÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. ORDEM CONHECIDA EM PARTE E DENEGADA.

1. Se a pena-base imposta ao paciente já foi fixada no mínimo legal, qual seja, 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, falta interesse de agir à impetrante no tocante ao pedido de redução da pena-base ao piso previsto em lei.

2. Não há que se falar em substituição da pena, pois, nos termos do inciso I do artigo 44 do Código Penal, somente faz jus a esse benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos de reclusão, o que não se verificou no presente caso.

3. Em que pese que a Sexta Turma desta Corte de Justiça venha se posicionando no sentido de que é possível a fixação de regime menos gravoso que o fechado para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade àqueles condenados pela prática de tráfico de drogas, devendo-se levar em consideração, para tanto, as diretrizes previstas nos arts. 33 e 59, do Código Penal, não tendo lugar a aplicação literal do dispositivo inserido na lei de Crimes Hediondos, constata-se, no presente caso, que a adoção do regime fechado está devidamente justificada diante da variedade e quantidade de droga apreendida - 9 buchas de maconha, 57 pedras de crack e 50 gramas de cocaína -, inexistindo, assim, o alegado constrangimento ilegal.

4. *Habeas corpus* conhecido em parte e, nessa extensão, denegado.

(HC 186.978/ES, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 11/04/2011)

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENAS SUPERIORES A QUATRO ANOS. IMPOSIÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. RÉUS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRIMÁRIOS E SEM MAUS ANTECEDENTES. IMPROPRIEDADE. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2º, ALÍNEA B, E § 3º DO CÓDIGO PENAL.

1. Com a declaração da inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, inexistente, agora, qualquer empecilho legal quanto à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, desde que acusado atenda os requisitos legais.

2. No presente caso, a soma das penas privativas de liberdade aplicadas aos Pacientes foi superior a quatro anos, impossibilitando-se, assim, a substituição por penas restritivas de direitos, em consonância com o preceito contido no inciso I, do art. 44, do Código Penal.

3. Não é cabível infligir regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2º e 3º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal.

4. Os elementos delineadores do crime de tráfico de entorpecentes, não podem servir de fundamento na fixação do regime inicial de cumprimento da pena, vez que já considerados na escala da pena prevista em lei.

5. Incidência das Súmulas n.º 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

6. Ordem parcialmente concedida tão-somente para fixar o regime semi-aberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta à Paciente Andréia de Paula Melo.

(HC 53.397/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2006, DJ 12/02/2007, p. 279)

Do mesmo modo, inviável a suspensão condicional da pena, porquanto a reprimenda corporal restou fixada em patamar superior a 2 anos, o que impede a concessão do *sursis*, nos termos do art. 77, *caput*, do Código Penal.

Na hipótese vertente, contudo, verifica-se que a negativa de abrandamento do regime inicial baseou-se, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

Com efeito, consoante esposado alhures, a obrigatoriedade do regime inicial fechado prevista na Lei de Crimes Hediondos foi superada pela Suprema Corte, de modo que não configura fundamentação idônea a justificar a fixação do regime mais gravoso para os condenados pela prática dos delitos previstos na Lei Antitóxicos, haja vista que, para estabelecer o regime prisional, deve o Magistrado avaliar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo art. 33 e parágrafos do Código Penal, o que não ocorreu na espécie.

Em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, realizada em 13.8.2011, verificou-se que a condenação da paciente transitou em julgado em 21.9.2011. Assim, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso *sub judice*, uma vez que o Tribunal *a quo* não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Ante o exposto, **concedo parcialmente** a ordem, tão somente para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de eventual modificação do regime inicial de cumprimento da pena.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0213582-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 217931 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15762008 91736225520098260000 990090451440

EM MESA

JULGADO: 16/08/2012

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO FRANCISCO SOBRINHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LUANA PEREIRA DO AMARAL - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : DANIEL TEIXEIRA DAMAS

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 Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.