



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 254.071 - SP (2012/0192684-3)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : RENATO ISNARD KHAIR - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADALBERTO JOAO DE SÁ

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. INVIABILIDADE. ACUSADO QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. DESCONSTITUIÇÃO DA CONCLUSÃO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. REGIME FECHADO FIXADO APENAS EM RAZÃO DA HEDIONDEZ DO DELITO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, ressaltando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

– As instâncias ordinárias, com base nas provas produzidas nos autos, destacaram os antecedentes criminais que o sentenciado possuía, entendendo que ele se dedicava à atividade criminosa, circunstância que impedia a aplicação da causa de diminuição prevista no parágrafo 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Para se afastar essa conclusão, mostra-se necessário o reexame aprofundado do conjunto fático-probatório, providência inviável de ser realizada em sede de *habeas corpus*.

– A fixação do regime inicial fechado está fundamentada exclusivamente no caráter hediondo do tráfico de drogas. Tendo em vista a definitividade do decreto condenatório, cabe ao juízo da execução reavaliar os elementos concretos dos autos, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 59, ambos do Código Penal, c.c. o art. 42 da Lei n. 11.343/06, para verificar qual o regime adequado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade imposta ao paciente.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Juízo das Execuções, com base em elementos concretos dos autos, analise a possibilidade de eventual modificação do regime inicial de cumprimento de pena.

ACÓRDÃO

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 06 de outubro de 2015(Data do Julgamento).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 254.071 - SP (2012/0192684-3)

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

IMPETRANTE : RENATO ISNARD KHAIR - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : ADALBERTO JOAO DE SÁ

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de ADALBERTO JOÃO DE SÁ, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado a 5 (cinco) anos de reclusão, inicialmente em regime fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa, como incurso no art. 33 da Lei n. 11.343/06.

Inconformada, apelou a defesa, vindo o Tribunal de origem a negar provimento ao recurso.

Na presente impetração, requer o impetrante, em síntese, a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, alegando estarem presentes os requisitos exigidos, bem como a fixação do regime inicial aberto para cumprimento da pena.

Indeferida a liminar (fl. 28) e dispensadas informações, o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 33/34).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 254.071 - SP (2012/0192684-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)(Relator):

O presente *habeas corpus* não merece conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio (HC n. 109956, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe 11/9/2012). Contudo, nada impede que, de ofício, se constate a existência de manifesta ilegalidade que implique ofensa à liberdade de locomoção do paciente (HC n. 271.890/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 3/9/2014).

Passo, portanto, à verificação da ocorrência de eventual ilegalidade.

Conforme relatado, busca-se na presente impetração, a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas e aplicação do regime inicial aberto.

O juiz sentenciante, no que interessa, consignou (fls. 7/13):

Em face das circunstâncias enumeradas no artigo 42 da Lei 11.343/06 e 59 do Código Penal, fixo as penas-base no mínimo legal, isto é em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa que torno definitivas, em face da ausência de circunstâncias que as alterem.

O réu ostenta antecedentes criminais, consoante certidão de fls.168, e em virtude disso deixo de reduzir a pena nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Fixo o regime fechado para início do cumprimento da pena privativa de liberdade, conforme prescreve o art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90.

O réu não faz jus ao benefício previsto no artigo 44 do Código Penal, que somente se estende aos autores de crimes menos graves, longe de alcançar, portanto, a hedionda mercancia de entorpecentes. Tanto é assim que a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos foi expressamente vedada pela Lei nº 11.343/06 (artigo 44, "caput").

Fixo o valor do dia-multa no mínimo legal.

O Tribunal a quo, negou provimento à apelação da defesa aos seguintes argumentos (fls. 14/20):

Com relação às penas, elas não exigem ajuste porque



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

foram fixadas de acordo com os parâmetros previstos em lei, estão motivadas, individualizadas e adequadas à hipótese dos autos, não se cogitando redução, máxime diante da quantidade de entorpecentes apreendida em poder dos recorrentes.

Por fim, o regime inicial fechado fica mantido por ser o único adequado para a reprovação e prevenção de crimes desta natureza, máxime diante do teor da Lei nº 11.464/07, que alterou a redação do artigo 2º, § 1º, da Lei de Crimes Hediondos, estatuinto, entre outras modificações, que a pena por crime desta natureza será cumprida inicialmente em regime fechado.

Ante o exposto, pelo meu voto, NEGO PROVIMENTO ao recurso.

Como visto, as instâncias ordinárias, com base nas provas produzidas nos autos, destacaram os antecedentes criminais que o sentenciado possuía, entendendo que ele se dedicava à atividade criminosa, circunstância que impedia a aplicação da causa de diminuição prevista no parágrafo 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Para se afastar essa conclusão, mostra-se necessário o reexame aprofundado do conjunto fático-probatório, providência inviável de ser concretizada em sede de *habeas corpus*.

Confira-se, a propósito, o seguinte julgado:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS INDEFERIDO LIMINARMENTE. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS. NÃO PREENCHIMENTO. FALTA DE CABIMENTO DO WRIT.

1. A ilegalidade passível de justificar a impetração do habeas corpus deve ser manifesta, de constatação evidente, restringindo-se a questões de direito que não demandem incursão no acervo probatório constante de ação penal.

2. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) ser o agente primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedicar a atividades delituosas; e d) não integrar organização criminosa.

3. No caso, se as instâncias ordinárias entenderam que o paciente não atende aos requisitos legais expressos no referido § 4º, porquanto se dedica a atividade criminosa, não cabe ao Superior Tribunal de Justiça reexaminar as circunstâncias do caso concreto nem o conjunto de provas para chegar a conclusão diversa.

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 316.636/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/03/2015, DJe 12/03/2015)

REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. REDUÇÃO DA PENA. ART. 33,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

§ 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. CONDENADA QUE INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA.

1. Este Sodalício, posicionando-se de acordo com o disposto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, entende pela impossibilidade de aplicação da referida minorante quando é reconhecido que o sentenciado integra organização criminosa ou se dedica à prática de atividade delitiva.

2. Rever o posicionamento firmado pelas instâncias de primeiro e segundo graus que, ao analisarem os elementos constantes dos autos, entenderam que a ora agravante integra organização criminosa, demandaria o revolvimento do contexto fático/probatório, inviável em sede de recurso especial em razão do óbice contido na Súmula n. 7/STJ.

(...)

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 315.410/PE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 16/10/2014, DJe 28/10/2014)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE ENTORPECENTE E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENÇÃO. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA E DE DESCLASSIFICAÇÃO. REVOLVIMENTO DE PROVAS NÃO CONDIZENTE COM O WRIT. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. ALTERAÇÃO DO REGIME E SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE. 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 contra acórdão de apelação, como se fosse um sucedâneo recursal inominado.

2. O intento de absolver o paciente pelos delitos aos quais foi condenado e de desclassificar o delito de tráfico para uso de substância entorpecente não se coaduna com a via angusta do writ, pois depende de aprofundamento probatório.

3. O § 4º do art. 33 da Lei 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.

4. Fixado no acórdão da apelação, com base nos fatos, que o paciente se dedica a atividades criminosas, 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.

(...)

7. Writ não conhecido (HC 172.717/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/04/2013, DJe 24/04/2013).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto ao regime de cumprimento da pena, é possível constatar a existência de flagrante constrangimento ilegal que autoriza a concessão da ordem, inclusive de ofício, uma vez que a fixação do regime inicial fechado está fundamentada apenas na hediondez do delito.

Quanto ao tema, o Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, seja na sua redação original (HC n. 82.959/SP), seja na redação da Lei n. 11.464/2007 (HC n. 111.840/ES), o qual determinava a obrigatoriedade do regime fechado para os condenados por crimes hediondos e os a eles equiparados.

Nesse contexto, esta Corte Superior tem entendido que a fixação do regime prisional para os condenado pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes deve obedecer os parâmetros traçados no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal. Confiram-se os precedentes:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL OCORRÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

[...]

3. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

4. In casu, foi fixado o regime inicial fechado com base, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

5. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso sub judice, uma vez que o Tribunal a quo não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelos arts. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

6. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena. (HC n. 230.307/ES, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 17/02/2014)

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. CUMPRIMENTO DA PENA. REGIME INICIAL MAIS RIGOROSO. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. GRAVIDADE ABSTRATA. VEDAÇÃO. INDIVIDUALIZAÇÃO DO REGIME. PENAS ALTERNATIVAS. VEDAÇÃO GENÉRICA E APRIORÍSTICA. INCONSTITUCIONALIDADE. HABEAS CORPUS 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. Em se tratando de réu primário e fixada a pena-base no mínimo legal, é vedada a fixação de regime inicial de cumprimento da pena mais rigoroso do que o pertinente à pena aplicada, a tanto não servindo o inconstitucional § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90 ou a gravidade abstrata do delito.

3. A vedação genérica e apriorística de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nas condenações por crime hediondos ou equiparados, como é o caso do tráfico ilícito de entorpecentes, restou superada em face da declaração de inconstitucionalidade do art. 44 da Lei n. 11.343/2006.

4. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem de ofício, para determinar que o juízo da execução proceda à individualização do regime inicial de cumprimento da pena e a concreta verificação do cabimento das penas alternativas. (HC 215.403/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 07/08/2015)

Diante do exposto, não conheço do presente *habeas corpus*. Contudo, concedo a ordem de ofício, para determinar que o Juízo das Execuções, com base em elementos concretos dos autos, analise a possibilidade de eventual modificação do regime inicial de cumprimento de pena, observados os parâmetros traçados no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0192684-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 254.071 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10522009 485860620098260050

EM MESA

JULGADO: 06/10/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RENATO ISNARD KHAIR - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : ADALBERTO JOAO DE SÁ

CORRÉU : ERICO PEREIRA DA MATA

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

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.