



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 322.732 - SP (2015/0102048-1)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CRISTINA SON
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KARINE DOMINGOS DE MELO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. REEXAME DE PROVAS. REGIME FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. *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, ressalvando, 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, sobretudo a quantidade de entorpecente apreendido (266 pinos de cocaína), entenderam que a paciente se dedica à atividade criminosa. Para se afastar essa conclusão, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em sede de *habeas corpus*.

– A fixação do regime inicial fechado está fundamentado na hediondez e da gravidade abstrata do delito. 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, 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 à paciente.

– Mantidas as penas em patamar superior a quatro anos de reclusão, inaplicável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

– *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 indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 16 de junho de 2015(Data do Julgamento).

MINISTRO ERICSON MARANHO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 322.732 - SP (2015/0102048-1)

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

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : CRISTINA SON

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : KARINE DOMINGOS DE MELO (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de KARINE DOMINGOS DE MELO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0015002-69.2014.8.2 6.0050).

Extraí-se dos autos que a paciente foi condenada à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 600 dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

A defesa interpôs apelação no Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa:

APELAÇÃO CRIMINAL, ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06. ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA - IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA COMPROVADAS. TESES SUBSIDIÁRIAS AFASTADAS. RECURSO DESPROVIDO, COM CORREÇÃO DE ERRO MATERIAL E ADEQUAÇÃO DO QUANTUM DA PENA PECUNIÁRIA (fl. 23).

A impetrante requer a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, a fixação do regime aberto e a substituição da pena por restritiva de direitos.

Indeferida a liminar e dispensadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 38/39 e 50/52).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 322.732 - SP (2015/0102048-1)

VOTO

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

O presente *habeas corpus* não merece conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio (HC n. 109.956, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, PRIMEIRA TURMA, DJe 11/9/2012). Contudo, nada impede que, de ofício, se constate a existência de manifesta ilegalidade que implique em 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 patente ilegalidade.

No que interessa, o decreto condenatório foi elaborado nestes termos, pelo Juízo de primeiro grau (fls. 18/20):

Demonstrada a procedência da imputação contra a acusada, não existindo justificativas para os seus atos. passo a dosimetria das penas a serem aplicadas. Com base no artigo 68 do Código Penal, observando os elementos norteadores previstos nos artigos 59 e 60, ambos do Código Penal, fixo as penas básicas 1/6 acima do mínimo legal para o crime de tráfico ilícito de entorpecentes em razão da quantidade de entorpecentes apreendidos, os quais demonstram uma consequência mais grave na conduta da ré, mormente pelo número de vítimas alcançadas, indícios de ligação como crime organizado pelo volume e forma de acondicionamento dos entorpecentes e a desenvoltura demonstrada pela ré, a qual possui culpabilidade diferenciada no presente caso, ou seja, em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias multa. Por força da confissão, reduzo a pena ao mínimo legal, ou seja, passando a ser de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos), sendo estas as sanções definitivas, pela ausência de causas de aumento e de diminuição de penas que possam ser consideradas. (...) A ré iniciará o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime fechado, o único compatível com a gravidade da sua conduta. (...) Também, não se verifica a possibilidade do reconhecimento de nenhum benefício legal, em face da pena imposta e da própria natureza do crime praticado, mormente a diminuição prevista no artigo 33. § 4o. da Lei Federal nº 11.343/06, uma vez que o dispositivo é de aplicação para casos específicos em que o Juízo verifique uma ação isolada e sem qualquer relação com a atividade continuada e organizada do crime. Anota-se que o acusado foi detido em circunstâncias que evidenciam ligação com o crime organizado, uma vez que traficava em ponto específico. Observa-se que um traficante que atua de forma isolada e independente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não pode ficar em um ponto fixo, uma vez que corre o risco de ser morto pela concorrência criminosa. Logo, não se está diante de um indivíduo isolado, mas de uma agente integrado a algo maior e organizado, representando o benefício, neste caso, em sendo dado, mero exercício de impunidade o que é contrário ao próprio espírito da lei. O crime de tráfico ilícito de entorpecentes é previsto em lei especial, com sanções peculiares, não se aplicando a substituição da pena privativa de liberdade por multa ou medida restritiva de direitos, previstas na parte geral do Código Penal, as quais, inclusive, são inadequadas para punir e prevenir novas condutas análogas. Como se não bastasse, o crime de tráfico ilícito de entorpecentes é um dos mais graves, uma vez que alimenta a prática de outros ilícitos e está se tornando um delito contra a humanidade. Finalmente, a constitucionalidade da chamada Lei dos Crimes Hediondos está fundada no próprio artigo 5º, inciso XLIII da Constituição Federal, o que a plenária do Supremo Tribunal Federal já tinha decidido anteriormente, sendo que as últimas decisões não modificam o entendimento deste Juízo, até porque não há súmula vinculante. Ante o exposto, julgo PROCEDENTE, a ação penal para condenar KARINE DOMINGOS DE MELO, RG/SP nº 71.266.780, filha de Antonio Raimundo de Melo e Vera Lúcia Domingos de Melo, às penas de 5 (cinco) anos de reclusão, com início no regime fechado, sem direito a benefícios de anistia, graça e indulto, nos termos da Lei Federal nº 8.072/90, e 600 (seiscentos) dias multa, no seu valor mínimo unitário legal, como incurso nas sanções do artigo 33, "caput", da Lei Federal nº 11.343/06, c. c. artigo 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal.

O Tribunal a quo, por sua vez, manteve o decreto condenatório nos seguintes termos (fls. 27/32):

Passo a analisar a dosimetria da pena, que, a meu ver, comporta pequeno reparo de erro material apenas quanto à multa.

Na primeira fase, atento aos critérios do art. 59, do Código Penal, e o art. 42, da Lei nº 11.343/2006, diante da quantidade de drogas apreendidas, a pena-base foi fixada pelo MM. Juízo a quo em cinco anos e dez meses de reclusão, mais o pagamento de quinhentos e oitenta e três dias-multa, no mínimo legal.

Na segunda, a reprimenda foi reduzida a cinco anos de reclusão, mais o pagamento de quinhentos dias-multa, no mínimo legal, pelo reconhecimento da atenuante da confissão espontânea.

Ressalto que, a meu ver, não seria o caso de se aplicar referida atenuante, uma vez que a confissão não se deu de forma espontânea, mas sim qualificada, porquanto a recorrente afirmara que portava os entorpecentes para uso próprio e que agia somente como "olheira" no ponto de venda de tóxicos.

Todavia, na ausência de inconformismo ministerial nesse sentido, mantenho a redução ao mínimo legal, sob pena de reformatio in pejus, que não deve ser admitida.

Na etapa derradeira, não há causas de aumento ou de diminuição, motivo pelo qual as reprimendas permaneceram no quantum acima fixado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Incabível o redutor do art. 33, § 4o, da Lei de Drogas, primeiro, porque, ao que tudo indica, a ré colaborava de forma habitual para a traficância, inclusive mediante remuneração.

Depois, porque a nova Lei de Tóxicos é bem mais rigorosa que a anterior e estabelece penas mais severas. O referido parágrafo prevê uma causa especial de redução de pena para o agente que se enquadrar nas disposições nele contidas, o que não é o caso dos autos, diante das circunstâncias que envolvem os fatos.

Esse benefício alcança tão somente aquele que for primário, com bons antecedentes e que não se dedique às atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

(...)

Assim, corrijo o dispositivo da r. sentença, tão somente para aplicar a pena pecuniária proporcionalmente ao quantum da reprimenda corpórea, em quinhentos dias-multa, no mínimo legal.

Por outro lado, indiscutível que para o delito de tráfico de drogas, o regime inicial é o fechado. Todo indivíduo que participa de narcotráfico revela extrema periculosidade.

(...)

Por fim, impossível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Sabemos que é vedada tal substituição, nos termos do art. 44, da Lei de Drogas, vez que se trata de crime equiparado a hediondo.

(...)

Além disso, o tratamento mais rigoroso estabelecido na Lei nº 11.343/06 é incompatível com a aplicação do referido benefício.

Posto isso, nego provimento ao apelo defensivo e, de ofício, corrijo erro material, para reduzir a pena pecuniária ao patamar de quinhentos dias-multa, mantida, no mais, a r. sentença combatida, também por seus fundamentos.

A paciente foi presa em flagrante com 98 pedras de crack e 60 pinos plásticos de cocaína. As instâncias ordinárias, com base nas provas produzidas nos autos, entenderam que ela se dedica à atividade criminosa. Para se afastar essa conclusão, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em sede de *habeas corpus*.

Quanto ao regime de cumprimento da pena, é possível constatar a existência do alegado constrangimento ilegal, uma vez que a fixação do regime inicial fechado está fundamentado na hediondez e da gravidade abstrata do delito.

Confirmam-se, a propósito, os seguintes julgados:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, § 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. TRÁFICO DE DROGAS. 3. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO PARA USO. INVIABILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT. 4. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA EM SEU GRAU MÁXIMO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE AFETO À PRÁTICA DE ATIVIDADES CRIMINOSAS. 5. REGIME INICIAL FECHADO. NATUREZA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 6. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO. 7. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

(...)

3. Tendo as instâncias ordinárias reconhecido expressamente a impossibilidade de aplicação da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sob o fundamento de que o réu se dedica a atividades criminosas, não cabe a esta Corte, na via exígua do mandamus, afastar referida conclusão.

4. Existe constrangimento ilegal, a ser reparado mediante a concessão de habeas corpus de ofício, quando o regime fechado de cumprimento de pena, no caso de condenação pela prática do delito de tráfico de entorpecentes, é fixado com base apenas no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007.

5. Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando não satisfeito o requisito objetivo previsto no art. 44 do Código Penal.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apenas para determinar que o Juízo da Execução reavalie, à luz do novo entendimento sobre a matéria, o regime inicial de cumprimento da pena imposta ao paciente.

(HC 289.357/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 20/05/2014, DJe 28/05/2014)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. REEXAME DE PROVAS. PENA DEFINITIVA: 5 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO (STF, HC 111.840). SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento da 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.

- Consta dos autos que o paciente foi flagrado em conhecido ponto de tráfico de drogas portando 28 porções de maconha (51,8 gramas), 40 pedras de crack (9 gramas) e 5 porções de cocaína (2 gramas).

- **No que diz respeito à causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, verifica-se que os juízos de primeiro e segundo graus, com base nas provas produzidas nos autos, entenderam que o paciente se dedica a atividades criminosas. Para que seja afastada essa conclusão, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em sede de habeas corpus.**

- Fixado o regime inicial fechado com base no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, posteriormente declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (HC 111.840/ES, julgado em 27/6/2012), cabe ao Juízo da Execução, tendo em vista o trânsito em julgado da condenação, reavaliar os elementos concretos dos autos, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, para verificar qual o regime inicial adequado para a paciente. Precedentes: AgRg no HC 257.178/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, 6ª Turma, DJe 23.9.2013; HC 226.064/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, DJe 24.4.2013.

- Mantida a pena privativa de liberdade acima de 4 (quatro) anos, não há falar em substituição por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para que o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de eventual modificação do regime inicial de cumprimento da pena.

(HC 253.074/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 31/03/2014)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Cabe ao Juízo da Execução, tendo em vista a definitividade do decreto condenatório, reavaliar os elementos concretos dos autos, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, 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 à paciente. No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO DESCARACTERIZA A HEDIONDEZ DO CRIME. FIXADO REGIME INICIAL FECHADO E NEGADA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. ILEGALIDADE MANIFESTA. OCORRÊNCIA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

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. A incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 não descaracteriza o caráter hediondo do crime de tráfico. Precedentes.

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, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

4. In casu, a imposição do regime inicial fechado e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos basearam-se, 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 as instâncias de origem não procederam à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44 e incisos, do Código Penal.

6. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastados a obrigatoriedade do regime inicial fechado e a fundamentação referente à gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

(HC 299.074/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 09/09/2014, DJe 24/09/2014)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, mantidas as penas em patamar superior a quatro anos de reclusão, inaplicável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois não atendidos os requisitos do art. 44, I, do Código Penal.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas 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.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0102048-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 322732 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00150026920148260050 150026920148260050 2015000053383

EM MESA

JULGADO: 16/06/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA ELIANE MENEZES DE FARIA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CRISTINA SON
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KARINE DOMINGOS DE MELO (PRESO)

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, Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.