



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 263.411 - SP (2013/0008640-7)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
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 : ANDRÉ CARLOS DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS DROGAS. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. IMPOSSIBILIDADE. 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.

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. Hipótese em que não há flagrante ilegalidade a ser reconhecida. As instâncias de origem negaram a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33. § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 em razão da quantidade e diversidade das drogas apreendidas - 74 tubetes de cocaína (cerca de 137,7 g), 20 trouxinhas de maconha (cerca de 40,5 g), 11 tubetes com *crack* (cerca de 10,6 g), além de 3 tijolos de maconha (cerca de 3.026,8 g) e um saco plástico com cocaína (cerca de 1.275,1 g) -, o que não configura manifesto constrangimento ilegal, porquanto devidamente fundamentado o afastamento da benesse com fulcro no art. 42 da Lei n.º 11.343/06, que determina 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".

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. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

4. *In casu*, o regime inicial fechado foi fixado 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelos arts. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

6. *Habeas corpus* 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, bem como a fundamentação referente à gravidade abstrata do delito, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena, mantida a liminar outrora deferida, até ulterior deliberação do referido Juízo.

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 Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 19 de agosto de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 263.411 - SP (2013/0008640-7)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
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 : ANDRÉ CARLOS DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar, impetrado em favor de ANDRÉ CARLOS DA SILVA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 0045110-85.2011.8.26.0309).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, juntamente com um corréu, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 7 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática dos delitos descritos nos arts. 33 e 35 da Lei n.º 11.343/2006. Confirmam-se os termos do édito condenatório:

(...) FERNANDO DONIZETI BUENO e ANDRÉ CARLOS DA SILVA, qualificados nos autos, foram denunciados como incurso nos artigos 33 e 35, c.c. o art. 40 inciso VI, todos da Lei 11.343/06 c.c. os artigos 29 e 70 do Código Penal, porque no dia 15 de dezembro de 2011, na rua Pedro Ravagnani, travessa Zé Dias, Jardim São Camilo, agindo em concurso e com unidade de propósitos com os adolescentes W.S.S e J.V.G.F, se associaram para o fim de praticar tráfico de drogas, como de fato traziam com eles, para fornecimento a terceiros, sem autorização e em desacordo com norma regulamentar, as drogas descritas na denúncia e o fazia sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Narra a denúncia que policiais civis, durante investigações para coibir tráfico de drogas, detiveram um taxista que lhes indicou o local dos fatos, onde adquiriu a droga e dirigindo-se ao local indicado, à distância observaram intensa movimentação de veículos no local notando que o adolescente W.S.S se aproximava dos carros, mantinha um rápido diálogo com os ocupantes, deles recebia algo, se afastava do veículo indo em direção ao réu Fernando que supostamente entregava drogas ao menor que as repassava aos ocupantes dos carros. Narra a denúncia que diante de tais fatos conseguiram deter os réus e os menores e em busca pessoal constataram que o réu Fernando trazia com ele 74 tubetes de cocaína e o corréu André 20 trouxinhas de maconha e 11 tubetes com crack e os menores WSS e J.V.G.F. portavam as importâncias de R\$40,00 e R\$20,00 já obtidas com a venda ilegal de drogas e ainda encontraram com os réus e os menores, uma mochila com três tijolos de maconha e um saco plástico com cocaína e pela quantidade e diversidade de drogas e circunstâncias da apreensão, que traziam as drogas para realizar comércio ilícito e estavam associados para a prática da mercancia ilícita cujas atividades estavam bem definidas. Notificados, os réus apresentaram defesa prévia. Analisada a defesa apresentada, a denúncia foi recebida e designada audiência de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

instrução e julgamento, citando-se os réus. Na audiência os réus foram interrogados e ouviram-se duas testemunhas. Em debates, o Promotor de Justiça requer a condenação dos réus nos termos da denúncia, enquanto a defesa bate-se pela absolvição analisando detalhadamente a prova alegando que não é suficiente para que os réus sejam condenados e, subsidiariamente, a defesa do réu Fernando requer a condenação do mesmo nas penas do artigo 33, caput, da Lei 11343/06, assim como a absolvição do mesmo no que tange no artigo 35 e 40, VI, do mesmo diploma legal, aplicando-se pena mínima. A defesa do corréu André requer a desclassificação da conduta para a prevista no artigo 28 da Lei 11343/06, aplicação da pena no mínimo legal, aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11343/06 e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça em suas recentes decisões. Requer o afastamento da causa de diminuição prevista no artigo 40, VI, da Lei 11343/06, tendo em vista que não foi comprovado que os acusados visavam atingir crianças ou adolescentes com a prática de suas condutas. É o relatório. DECIDO. Diante da prova existente verifica-se que a denúncia deve ser julgada procedente, pois, tanto a autoria quanto à materialidade do delito restaram perfeitamente evidenciadas, ao contrário da pretensão da defesa. Com efeito, o laudo de exame químico-toxicológico confirma que as substâncias apreendidas e submetidas a exame são maconha e cocaína em pó e na forma de "crack", entorpecentes que causam dependência física e psíquica, estando, pois, demonstrada a materialidade. No que tange à autoria, somente o réu Fernando confessou em Juízo. Porém, a prova dá conta que ambos são os autores do crime descrito na denúncia. As testemunhas Lilian Cristina e José Ricardo, policiais civis responsáveis pelas diligências, prestaram depoimento claro e coerente sobre os fatos, confirmando que os réus agiam em concurso e unidade de propósitos com os adolescentes W.S.S e J.V.G.F, associados para o fim de praticar tráfico de drogas e traziam o entorpecente com eles, para fornecimento a terceiros. O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais, especialmente quando prestados em Juízo, sob a garantia do contraditório, reveste-se de inquestionável eficácia probatória e, ao contrário das alegações da defesa são claros e harmônicos, suficientes e para reconhecer que os réus são os autores do crime descrito na denúncia e que ficou suficientemente demonstrado nos autos. Considerando o local, a informação de tráfico, a quantidade e forma de acondicionamento das drogas apreendidas, além do dinheiro apreendido na ocasião somente poderia destinar-se ao tráfico. Também, ficou caracterizado o artigo 35 da Lei 11.343/06 eis que os réus e os adolescentes estavam juntos na ocasião e há prova suficiente que os réus estavam associados, eis que os policiais descreveram como agiam e a participação dos adolescentes. Afasto a causa de aumento do artigo 40, VI da Lei 11.343/06 já que não há prova que os réus visavam atingir crianças ou adolescentes com a prática de suas condutas. Embora a defesa alegue insuficiência das provas, são suficientes para atribuir aos réus os crimes descritos na denúncia, conforme já analisado. Evidenciado que os réus se associaram a e traziam com eles a grande quantidade de entorpecentes para comércio, tipificado o crime previsto nos artigos 33 e 35 da Lei 11.343/06. Reconheço, ainda, o concurso formal das infrações uma vez que mediante uma só ação praticaram crimes idênticos, Ante o exposto e considerando o que mais dos autos consta, JULGO PROCEDENTE A DENÚNCIA para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONDENAR FERNANDO DONIZETI BUENO e ANDRÉ CARLOS DA SILVA, qualificados nos autos, nas sanções previstas nos artigos 33 e 35, ambos da Lei 11.343/06 c.c. os artigos 29 e 70 do Código Penal. Passo a dosimetria da pena. Observando-se os elementos norteadores, contidos no artigo 59 do Código Penal, constando à inexistência de circunstâncias que façam necessárias à prevenção e repressão do crime a elevação da pena acima do mínimo previsto, fixo a pena-base do crime previsto no artigo 33 da Lei 11.343/06 em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa e, à guisa de maiores elementos, no valor unitário mínimo previsto. Embora primários não fazem jus à redução prevista no art. 33, § 4º, da referida lei, considerando a quantidade e finalidade da droga apreendida. Em relação ao crime previsto no artigo 35 da Lei 11.343/06, fixo a pena-base no mínimo legal de 3 (três) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa no valor mínimo. Considerando o concurso formal, aumento a pena mais grave na metade, acima do mínimo, considerando as circunstâncias fáticas dos crimes descritos, resultando 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 750 (setecentos e cinquenta dias-multa). Não há agravantes ou atenuantes a serem computadas, assim como causas de aumento ou diminuição, de modo que torno definitivo a pena-base aplicada. A pena privativa de liberdade ora aplicada será cumprida regime fechado, uma vez que se trata de crime gravíssimo, eis que a real intenção do traficante é amealhar o maior número de vítimas, comprometendo toda a sociedade e, também, assemelhado a hediondo, de acordo com o disposto na Constituição da República. Ainda, deixo de facultar aos réus o direito de recorrer em liberdade, já que presentes os pressupostos que determinaram a prisão cautelar desde o flagrante. Recomendam-se os réus na prisão onde se encontram. (...) (fls. 48/51).

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de origem deu parcial provimento para absolver o paciente e o corréu do delito descrito no art. 35 da Lei n.º 11.343/2006, em acórdão assim fundamentado:

No que diz respeito ao art. 33 da Lei de Drogas deve ser mantida a sentença de primeira instância, considerando as evidências da prova, desde a lavratura da prisão em flagrante dos acusados, em poder dos quais a polícia apreendeu bastante considerável quantidade de substâncias entorpecentes, cocaína, "crack" e maconha.

Os policiais responsáveis pelo flagrante foram firmes já na delegacia de polícia. Viram os réus praticando o comércio proibido, juntamente com dois adolescentes, W.S.S. e J.V.G.F., ocorrência que depois os mesmos policiais confirmaram em juízo, portanto com a incidência do princípio do contraditório.

Basta a esse respeito verificar os depoimentos de fls. 124 e 140. Em diligência de rotina abordaram um taxista com drogas, indicando ele o local onde havia comprado. Deparam-se com os réus e os adolescentes e ficaram observando durante 20 minutos: "presenciamos várias vendas e os quatro, dois adolescentes e os dois réus, revezavam na ação de entregar e receber" (fls. 124). Tentaram fugir abandonando mochila. Então a polícia acabou no total encontrando 74 trouxas de maconha, 21 porções de cocaína e 14 de "crack". Expresso no mesmo depoimento, fls. 124: "as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

drogas estavam com os dois réus”.

Aliás, Fernando confessou em juízo, fls. 123vº, oportunidade em que inocentou André, que por sua vez, fls. 122vº, negou qualquer participação. Fernando admitiu que tinha 74 porções de cocaína e “estava traficando para pagar dívida de droga”.

Mesmo a condenação de André, pelo art. 33, fica mantida neste acórdão, também levando-se em conta o que sustenta a Procuradoria Geral de Justiça em valioso parecer. Os policiais, repita-se, foram firmes e coerentes nas acusações que fizeram, presenciando a venda de drogas naquele local, descrevendo inclusive o comportamento de André.

É unânime nesta Câmara o entendimento de que o depoimento de policial é de inegável valia, a não ser que circunstâncias especiais autorizem enfoque de suspeita ou inidoneidade. Não é o caso, devendo ser prestigiada a prova acusatória. Mesmo porque seria injusto, ilógico até, encarregar a polícia da segurança pública e depois desconsiderar depoimentos que seus agentes venham a prestar, dando contas de suas respeitáveis e perigosas atividades funcionais.

Em consequência não é possível a absolvição reclamada pelas defesas, não obstante os bons trabalhos apresentados, em especial em favor do apelante André. Ilustre defensora pública deste Estado alonga-se em fundamentação direcionada na absolvição. Não tem, todavia, o respaldo da prova oral, devendo como é óbvio a circunstância da prisão em flagrante ser interpretada em desfavor dos recorrentes.

Foram beneficiados pelo não acolhimento da agravante direcionada na presença de adolescentes no comércio proibido, sem recurso da promotoria pública.

Entendem os integrantes desta turma julgadora, todavia, que devem ser absolvidos relativamente ao art. 35 do diploma legal em exame.

Não há segurança para se afirmar que formavam uma associação estável para a venda de drogas, embora os fortes indícios nesse sentido sejam evidentes, até mesmo pela diversidade de substâncias entorpecentes. Tudo indica que efetivamente os quatro estavam associados. Não existe maior referência sobre associação duradoura e que diria respeito a episódios anteriores de vendas de drogas. A dúvida, porém, deve beneficiá-los, de acordo com consagrado princípio penal/processual penal.

Portanto as penas de cada réu ficam definidas em 5 anos de reclusão e 500 dias multa, mantido o regime prisional fechado, justificado na sentença.

Não é possível a redução prevista na Lei de Drogas, art. 33, § 4º, considerando a quantidade e diversidade de entorpecentes encontrados e apreendidos com os apelantes.

Considerando o *quantum* da pena reclusiva igualmente não cabe a conversão das privativas de liberdade em restritivas de direitos, também aqui vindo à tona a quantidade e diversidade (fls. 89/92).

No presente *mandamus*, alegam as impetrantes que o paciente faz jus à aplicação da causa especial de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, haja vista que é primário e não há, nos autos, "autos, qualquer afirmação no sentido de que o paciente se dedique à prática de crimes, nem tampouco, de que integre organização criminosa" (fl. 3).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Afirmam que "o legislador não estabeleceu qualquer outro critério para dosar a referida redução" (fl. 3).

Defendem, ainda, a possibilidade de abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, porquanto "os dispositivos que vedam a substituição da pena (art. 44 da Lei nº 11.343/06) e a fixação de regime mais brando (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.079/90), em qualquer hipótese, inclusive aos autores de tráfico de drogas agraciados com a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, afrontam diretamente a Constituição Federal e, consequentemente, a garantia de um Direito Penal democrático e compatível com os direitos humanos" (fl. 6).

Invocam o enunciado da súmula n.º 440 desta Corte Superior de Justiça.

Requerem, liminarmente e no mérito, "seja aplicada a redutora prevista no § 4º do art. 33, da Lei nº 11.343/06 em seu patamar máximo, fixado regime diverso do fechado para o cumprimento da pena e substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, expedindo-se alvará de soltura" (fl. 11).

A liminar foi deferida pela eminente Ministra Eliana Calmon, então Vice-Presidente desta Corte, no exercício da presidência, no período de férias forenses, "para que se observe em relação ao paciente o regime inicial semiaberto até o julgamento final deste habeas corpus" (fl. 105).

Foram prestadas informações às fls. 120/138 e 146/149.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Paulo de Tarso Braz Lucas, pelo parcial conhecimento da ordem e, nesta extensão, pela sua concessão, "tão somente para que seja fixado o regime semiaberto para o cumprimento da reprimenda" (fl. 155).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 263.411 - SP (2013/0008640-7)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS DROGAS. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. IMPOSSIBILIDADE. 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.

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. Hipótese em que não há flagrante ilegalidade a ser reconhecida. As instâncias de origem negaram a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33. § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 em razão da quantidade e diversidade das drogas apreendidas - 74 tubetes de cocaína (cerca de 137,7 g), 20 trouxinhas de maconha (cerca de 40,5 g), 11 tubetes com *crack* (cerca de 10,6 g), além de 3 tijolos de maconha (cerca de 3.026,8 g) e um saco plástico com cocaína (cerca de 1.275,1 g) -, o que não configura manifesto constrangimento ilegal, porquanto devidamente fundamentado o afastamento da benesse com fulcro no art. 42 da Lei n.º 11.343/06, que determina 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".

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. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

4. *In casu*, o regime inicial fechado foi fixado 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. *Habeas corpus* 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, bem como a fundamentação referente à gravidade abstrata do delito, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena, mantida a liminar outrora deferida, até ulterior deliberação do referido Juízo.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Busca-se, por meio da presente impetração, a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, bem como a alteração do regime inicial de cumprimento de pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Ab initio, impende registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de habeas corpus, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do habeas corpus. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las.

(HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do Resp ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

Da leitura dos autos, verifica-se que a benesse prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 foi negadas pelas instâncias de origem em razão da quantidade e da diversidade das substâncias entorpecentes apreendidas - 74 tubetes de cocaína (cerca de 137,7 g), 20 trouxinhas de maconha (cerca de 40,5 g), 11 tubetes com *crack* (cerca de 10,6 g), além de 3 tijolos de maconha (cerca de 3.026,8 g) e um saco plástico com cocaína (cerca de 1.275,1 g) (fl. 12).

Com efeito, o art. 42 da Lei Antidrogas determina que "o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

Nesta senda, devidamente fundamentado o afastamento da benesse com fulcro no art. 42 do Diploma Antidrogas, não há que se falar em constrangimento ilegal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA AFASTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. DECISÃO MOTIVADA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. A exasperação da pena-base restou suficientemente fundamentada, sobretudo em razão da grande quantidade e da natureza da droga apreendida - mais de 21 Kg de "cocaína" -, bem como pelas circunstâncias da prática do delito, de modo a demonstrar que o Paciente era "integrante ativo de organização criminosa com grande potencial lesivo".

2. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

3. Não se trata de violação ao princípio do non bis in idem, mas apenas da utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos. Com efeito, na primeira etapa da dosimetria, os critérios do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 servem para fundamentar a pena-base, enquanto no último momento do sistema trifásico os mesmos parâmetros serão utilizados para se estabelecer a fração de redução a ser aplicada em razão da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei Antitóxicos.

4. No caso, não se aplica a causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na medida em que, conforme consignado no acórdão impugnado, de forma devidamente fundamentada, o Paciente não preenche os requisitos legais para obtenção da benesse. Precedentes.

5. Não é possível afastar o entendimento exarado pelas instâncias ordinárias no sentido de que o ora Paciente integraria organização criminosa, pois, para tanto, seria necessário proceder a um exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se afigura cabível na via estreita do writ. Precedentes.

6. Ordem denegada.

(HC 165.800/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 01/03/2012, DJe 15/03/2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. VIA INADEQUADA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA (3,704 KG DE MACONHA E 11 FRASCOS DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

LANÇA-PERFUME). BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. DEDICAÇÃO AO CRIME. EXAME DE PROVAS. VEDAÇÃO. 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.

2. Não se vislumbra qualquer ilegalidade manifesta que autorize a concessão da ordem pretendida. O Tribunal de origem justificou a não aplicação do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 na grande quantidade de droga apreendida (3,704 Kg de maconha e 11 frascos de lança-perfume), motivação idônea. Ressaltou, ainda, que o paciente se dedica a atividade criminosa, conclusão impossível de ser alterada nesta sede, por demandar o exame das provas. E não há falar em bis in idem na consideração da mesma circunstância para fixar a pena-base acima do mínimo legal.

3. Habeas corpus denegado.

(HC 209.960/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 28/02/2012, DJe 12/03/2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. QUANTIDADE E NATUREZA ALTAMENTE LESIVA DAS DROGAS APREENDIDAS. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. Revela-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 quando não preenchidos os requisitos subjetivos exigidos para o benefício.

2. A natureza e quantidade de droga apreendida - 104 tubos plásticos contendo cocaína e 47 invólucros contendo crack, perfazendo o total de 92 g - demonstra o grau de envolvimento do paciente com a narcotraficância, concluindo a Corte de Origem que não se tratava de traficante ocasional.

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.

REGIME PRISIONAL. TRÁFICO. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. MODO FECHADO. IMPOSIÇÃO LEGAL. COAÇÃO NÃO EVIDENCIADA. ORDEM DENEGADA 1. A Lei 11.464/2007, introduzindo nova redação ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, estabeleceu o regime inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos delitos hediondos, cometidos após a sua entrada em vigor.

2. Ordem denegada.

(HC 195.137/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 15/02/2012)

HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI N.º 6.368/76. MINORANTE DO ART. 33, § 4.º DA LEI N.º 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. GRANDE QUANTIDADE DE COCAÍNA E TRÁFICO INTERMUNICIPAL. ORDEM DENEGADA.

1. No caso, o Tribunal de origem afastou a incidência da minorante



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, em razão da quantidade de droga (70 gramas), da natureza da substância entorpecente (cocaína) e por tratar-se de tráfico intermunicipal.

2. Para efeitos de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, "[a] conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas." (STF, RHC 94.806/PR, 1.ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 16/04/2010.) 3. Ordem denegada.

(HC 179.915/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2011, DJe 19/12/2011)

Muito embora não se desconheça o teor do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n.º 118.008/SP, de relatoria da Ministra Rosa Weber, - que deu parcial provimento ao recurso para restabelecer a aplicação da causa especial de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 ao recorrente, à falta de dados empíricos embasadores da sua exclusão, porquanto "presentes apenas ilações ou conjecturas de envolvimento com grupo criminoso ou dedicação às atividades criminosas" -, verifica-se que tal precedente da Suprema Corte não cai como uma luva no caso ora em testilha.

A título ilustrativo, mister transcrever excerto do voto proferido pela eminente Ministra Rosa Webber, em sessão realizada em 24.9.2013:

(...)

É verdade que a quantidade e a variedade da droga apreendida, como indicativos do maior ou menor envolvimento do agente no mundo das drogas, podem ser validamente valorados para os efeitos do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, em especial no dimensionamento do percentual de redução da pena nele previsto. Na espécie, contudo, inobstante a gravidade dos delitos imputados ao Recorrente, tudo leva a crer, pelos elementos descritos, que se trata de "mula" ou pequeno traficante, ausentes indícios de envolvimento maior, ou com maior grau de responsabilidade, com grupo criminoso, ou de dedicação ao crime, a aconselhar a priorização do quanto avaliado pelo magistrado de primeiro grau. Como bem destaca o Ministério Público Federal, em seu parecer, há precedente desta Corte, em caso análogo, também oriundo do TRF da 3ª Região, da relatoria do Min. Gilmar Mendes, em que restabelecida a sentença de primeiro grau quanto à aplicação da minorante em comento, afastada a possibilidade de sua exclusão com base apenas em conjecturas (...).

(...)

Com efeito, a aplicação da minorante nos autos do referido recurso ordinário em *habeas corpus* deu-se de forma casuística. Entendeu a 1ª Turma daquele Sodalício, em decisão não unânime, ser possível, diante das peculiaridades do caso concreto, a aplicação do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

benefício ao recorrente, por tratar-se de pequeno traficante, vulgarmente conhecido como "mula", não restando evidenciada a dedicação às atividades criminosas e a participação em organização criminosa.

Destaque-se que o caso apreciado pelo Supremo Tribunal Federal - tráfico internacional de 675 g de cocaína - cuidava de situação diversa da examinada no presente *writ*. Ora, consoante narra a exordial acusatória, a empreitada criminosa em testilha envolveu 74 tubetes de cocaína (cerca de 137,7 g), 20 trouxinhas de maconha (cerca de 40,5 g), 11 tubetes com *crack* (cerca de 10,6 g), além de 3 tijolos de maconha (cerca de 3.026,8 g) e um saco plástico com cocaína (cerca de 1.275,1 g) (fl. 12).

Dessarte, verifica-se, com clareza solar, que o caso ora em apreço destoa, em muito, da hipótese tratada nos autos do RHC n.º 118.008/SP, razão pela qual o referido precedente não se aplica à espécie.

De mais a mais, cumpre destacar que o aludido acórdão do Pretório Excelso foi proferido por órgão fracionário, em apertado *score* - acompanharam a relatora os Ministros Luís Roberto Barroso e Dias Toffoli, restando vencidos os Ministros Luiz Fux e Marco Aurélio -, o que demonstra que o entendimento adotado por ocasião do julgamento do RHC n.º 118.008/SP não é, ainda, consolidado no âmbito da Suprema Corte.

Assim, tem-se por devidamente motivada a negativa da benesse, em razão da gravidade concreta do delito em comento, não havendo falar, pois, em constrangimento ilegal.

No mais, mister esclarecer que tanto a estipulação do regime inicial fechado – contida no § 1º do artigo 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 artigo 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)

O citado *writ* possui esta ementa:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FIXAÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO DE REGIME 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)

Dessarte, 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 expendido, 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, ainda, 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 nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 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 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07. Confira-se:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"*Habeas corpus*. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 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 nº 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 nº 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 nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 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 nº 111.840/ES; Relator(a): Ministro Dias Toffoli; Julgamento: 27/06/2012; Tribunal Pleno)

Assim, restaram superadas pela Suprema Corte 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.

Constata-se, entretanto, que não se afigura possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

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 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Com a declaração da inconstitucionalidade do art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.072/90, inexiste, 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 delinqueadores 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)

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, entretanto, assiste razão às impetrantes. Com efeito, verifica-se que o regime inicial fechado foi fixado, exclusivamente, com base na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

Consoante esposado alhures, tais questões foram superadas pela Suprema Corte, de modo que não configuram 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 pelos arts. 33 e parágrafos, do Código Penal, o que não ocorreu na espécie.

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.

Ante o exposto, não conheço do writ. **Concedo a ordem, de ofício**, tão somente para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, bem como a fundamentação referente à gravidade abstrata do delito, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena, mantida a liminar outrora deferida, até ulterior deliberação do referido Juízo.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0008640-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 263.411 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20120000533197 21222011 451108520118260309

EM MESA

JULGADO: 19/08/2014

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

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	: ANDRÉ CARLOS DA SILVA (PRESO)
CORRÉU	: FERNANDO DONIZETI BUENO

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 Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.