



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 256.744 - RJ (2012/0214970-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : BRAZ FERNANDO SANT'ANNA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : ALEXANDRE FERREIRA DIAS DE SOUSA
PACIENTE : BRUNO DE ALMEIDA PONTINI

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. QUANTIDADE, DIVERSIDADE E NATUREZA DAS DROGAS A DENOTAR DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. 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. Concluído pelas instâncias de origem, com arrimo nos fatos da causa, que os pacientes se dedicavam às atividades criminosas, tendo em vista a quantidade, diversidade e a natureza das drogas apreendidas - 27 pedras de *crack* e 7 papелotes de cocaína -, não incide a causa especial de diminuição de pena, 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 acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.

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. 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.

5. *In casu*, foi fixado o regime inicial fechado com base, exclusivamente, na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

6. 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.

7. *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 o caso concreto, avalie a possibilidade de 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: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Assusete Magalhães.

Brasília, 17 de outubro de 2013(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 256.744 - RJ (2012/0214970-9)

RELATORA : **MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : BRAZ FERNANDO SANT'ANNA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : ALEXANDRE FERREIRA DIAS DE SOUSA
PACIENTE : BRUNO DE ALMEIDA PONTINI

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela DEFENSORIA PÚBLICA em favor de ALEXANDRE FERREIRA DIAS DE SOUSA e BRUNO DE ALMEIDA PONTINI, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação n.º 0381508-38.2010.8.19.0001).

Depreende-se dos autos que os pacientes foram condenados, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, *in verbis*:

Passo a dosar as penas dos réus:

Atenta aos artigos 59 e 68 do Código Penal, verifico a a conduta social, a personalidade, que os réus são capazes de culpabilidade, atuando de forma dolosa; as circunstâncias em que agiram são indesculpáveis. Os réus são tecnicamente primários, tendo em vista a ausência de anotação nas FAC's. Por tais fundamentos, bem como os demais elementos dos autos, fixo para cada um dos réus, a pena base no mínimo legal, ou seja, em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

No segundo momento, inexistem circunstâncias agravantes a serem observadas. Deixo de utilizar a atenuante do artigo 65, I, do Código Penal em relação aos réus, em face de sua fixação no mínimo legal, não sendo outra a orientação jurisprudencial, inclusive face ao disposto na Súmula n.º 231 do STJ.

No terceiro momento, inexistem causas de aumento ou de diminuição de pena a serem observadas, sendo inclusive incabível a aplicação do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em razão dos apenados estarem diretamente envolvidos em atividade criminosa, pela quantidade de material entorpecente apreendido.

Torno definitiva a pena privativa de liberdade em 05 (cinco) anos de reclusão, para cada um dos réus, por não haver outras causas modificadoras incidentes à espécie.

Fixo a pena pecuniária definitiva em 500 (quinhentos) dias-multa, para cada um dos réus, com valor unitário no mínimo legal, consoante previsão do artigo 43, da Lei nº 11.343/06, tendo em vista a condição financeira dos réus.

O delito praticado pelos réus equipara-se aos crimes hediondos,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conforme dispõe o art. 2º da Lei 8.072/90, com a nova redação dada pela Lei nº 11.464/07; motivo pelo qual e na forma ali prescrita a pena privativa de liberdade ora imposta deve ser cumprida inicialmente em regime fechado.

Condeno os réus ao pagamento das custas judiciais e taxa judiciária, conforme determina o art. 804 do Diploma dos Ritos.

Recomendem-se os réus na prisão onde se encontram, vez que deste decisum não poderão apelar em liberdade, como já fundamentadamente analisado no terceiro momento da dosimetria da pena (artigo 2º da Lei 8.072/90, com a nova redação dada pela Lei nº 11.464/07), com a observação acerca do regime de aprisionamento, como acima determinado, já agora tendo a custódia por título, esta sentença condenatória (fls. 30/32).

Não se conformando com os termos da sentença, a Defesa apelou, sendo negado provimento ao recurso, em acórdão assim fundamentado, no que interessa:

Irresignados, recorreram:

- o 1º apelante (00424/00434), postulando a desclassificação do delito para o artigo 28, da Lei de Drogas, ou alternativamente, a aplicação da redução prevista no § 4º, do artigo 33, do mesmo diploma legal;

- o 2º apelante (00461/00479), requerendo sua absolvição, com base no princípio do 'in dubio pro reo', ou a desclassificação para o artigo 28, da Lei de Drogas, aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º, do artigo 33, da citada lei, e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, com a fixação do regime semiaberto.

Não assiste razão aos apelantes.

Interrogados, os réus narraram que saíram da casa do 2º apelante e foram tomar umas cervejas, ocasião em que foram abordados e revistados pelos PMs, contudo nada foi encontrado. Em seguida, o 1º apelante voltou para casa, enquanto o segundo dirigiu-se à Comunidade Anastácia onde adquiriu 27 (vinte e sete) pedras de *crack* e 05 (cinco) sacolés de cocaína, por R\$160,00 (cento e sessenta reais) para consumirem, retornando à residência do corréu. No entanto, quando ambos estavam no elevador, foram detidos pelo policial Mendes, que os levou até à viatura onde já encontrava um menor desconhecido, levando todos para a Delegacia Policial.

Os policiais militares Willian Mendes da Costa e Luiz Antonio de Lima, declararam ter recebido informação de um transeunte sobre venda de drogas próximo a um bar, e chegaram a observar quando um menor entregou algo ao 2º apelante, que parecia ser uma nota de dinheiro, recebendo algo em troca, constatando tratar-se de uma pedra de *crack* que o mesmo escondeu na boca. Posteriormente, abordaram os réus encontrando em poder do 2º apelante apenas uma nota de cinquenta reais e com o primeiro, também cinquenta reais, além de um saco contendo cerca de sete sacolés de cocaína e vinte de *crack*. Aduziu, ainda, que o menor já estava detido na viatura quando procederam à revista dos réus.

A testemunha de defesa do 1º apelante, Luiz Antonio Zorzetto, nada soube informar sobre os fatos, nem se o 1º apelante trabalhava, se era ingresso na carreira militar, ou se fazia uso de drogas.

Robson Gomes da Silva, porteiro do edifício onde os réus foram abordados, narrou que o 2º apelante pediu-lhe que guardasse uma nota de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cinquenta reais, e mais tarde quando o mesmo retornou ao prédio acompanhado do corréu, pegou a nota de volta, sendo logo em seguida abordados e detidos pelos policiais, que empunhavam armas, chegando a ver que havia um menor dentro da viatura.

Armando Alves de Almeida, testemunha de defesa do 2º apelante, declarou que este trabalhava como camelô, saindo de casa às 8h e retornando às 23h, e era muito amigo do 2º apelante, por terem estudado juntos e jogarem futebol, só vindo a tomar conhecimento da prisão pelo porteiro do edifício.

Dessa forma, materialidade, autoria e culpabilidade devidamente comprovadas pelos autos de prisão em flagrante, laudos prévio, definitivo, e demais provas dos autos.

Apesar da negativa dos réus, as provas carreadas aos autos mostram-se aptas a ensejar a condenação.

Os agentes que efetuaram a prisão do réu prestaram depoimentos coerentes, no sentido de terem sido encontrados em poder do 1º apelante (Alexandre) uma nota de cinquenta reais, e as drogas apreendidas, e com o 2º apelante apenas uma nota de cinquenta reais.

Cediço é que os depoimentos dos policiais devem ser avaliados no contexto probatório em que inseridos, sem prevenção ou preconceito em razão do ofício. Até porque eles conhecem as conseqüência do calar ou falsear a verdade.

Ausentes quaisquer elementos que levem a seu descrédito, as palavras dos policiais, agentes públicos, aos quais o Estado entrega parte de seu 'munus', com vistas a segurança pública, há de ter plena credibilidade, à teor do enunciado nº 70 da Súmula deste TJ.

As circunstâncias da prisão, quantidade e forma de acondicionamento da droga apreendida, adunados às provas dos autos, não deixam dúvidas quanto à prática do crime de tráfico pelos réus, não havendo, portanto, que se falar em absolvição, como postulado pelo 2º apelante, ou desclassificação do delito para o artigo 28, da Lei de Drogas, pretendida pelas defesas.

Não basta alegar ser usuário eventual de drogas visando a desclassificação do delito, por ser indispensável se contraponha a defesa aos elementos acusatórios, e suas testemunhas nada souberam esclarecer sobre os fatos.

Ademais, o menor apreendido declarou em sede do Juizado da Infância e da Juventude, já ter comprado drogas com o 2º apelante em outras oportunidades, no mesmo local.

Incabível, ainda, a redução da pena pela incidência do § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, como bem ressaltou a douta Procuradoria de Justiça:

"...os ora apelantes, apesar de tecnicamente primários e sem antecedentes, comercializavam considerável quantidade e variedade de entorpecentes, dentre eles o nefasto *crack*, que causa desastrosas conseqüência na sociedade, já que se tornou um sério problema de saúde pública, o que aponta para o fato de que, dentro da divisão de tarefas característica da atividade de traficância, a comercialização deste tipo de narcótico, por se extremamente lucrativa, via de regra, não fica a cargo dos indivíduos inexperientes na venda de drogas, o que nos leva a concluir que os ora apelantes não eram traficantes eventuais. Não se pode olvidar, ainda, que foram abordados em local conhecido, no meio policial, como ponto de venda de drogas".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Haja vista a manutenção do quantitativo de pena arbitrado, 05 anos de reclusão, por ausência do requisito objetivo, não se aplica a substituição pretendida. O regime fechado mostra-se o mais adequado à espécie.

Por tais razões, integrando neste voto, na forma regimental, o parecer da nobre Procuradora de Justiça, Dra. Fátima Maria Ferreira Melo (00526), voto no sentido de negar-se provimento ao recurso defensivo (fls. 63/65).

Daí o presente *mandamus*, no qual o impetrante alega que deve ser aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º da Lei n.º 11.343/06, em seu patamar máximo, qual seja, 2/3.

Sustenta que os pacientes são primários, de bons antecedentes, sendo certo que a eles não foi imputada a prática do crime de associação para o tráfico, não havendo como se afastar aplicabilidade da norma do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006.

Afirma que os pacientes fazem jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, conforme previsto no art. 44 do Código Penal.

Relata que a Resolução n.º 5/12, do Senado Federal, recentemente, pôs fim a controvérsia sobre a constitucionalidade ou não da parte final do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, que vedava a conversão das penas privativas de liberdade dos condenados por tráfico privilegiado em penas restritivas de direitos.

Defende que a "Lei n.º 11.464/2007, ao modificar a redação da Lei n.º 8.072/90, derogando a vedação à progressão de regime a crimes hediondos ou equiparados, persistiu na ofensa ao princípio da individualização da pena, quando se afirmou que a execução deve se iniciar no regime mais gravoso".

Salienta que "um vez declarada a inconstitucionalidade incidental do art. 44 da lei n.º 11.343/2006, não há impedimento para que se fixe o regime inicialmente aberto para o cumprimento da pena, já que o objetivo da conversão é evitar o encarceramento".

Invoca os julgados desta Corte para embasar sua tese.

Enfatiza que os pacientes fazem jus ao início de suas penas em regime aberto, ou, caso seja mantida a pena fixada no acórdão guerreado, ao regime semiaberto.

Requer a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 em seu patamar máximo; a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a alteração do regime inicial de cumprimento da pena para o aberto ou, caso mantida a pena, para o semiaberto.

Foram prestadas informações às fls. 83/85 e 87/108.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral José Bonifácio Borges de Andrada, pela denegação da ordem (fls. 111/116).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 256.744 - RJ (2012/0214970-9)

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, DIVERSIDADE E NATUREZA DAS DROGAS A DENOTAR DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. 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. Concluído pelas instâncias de origem, com arrimo nos fatos da causa, que os pacientes se dedicavam às atividades criminosas, tendo em vista a quantidade, diversidade e a natureza das drogas apreendidas - 27 pedras de *crack* e 7 papелotes de cocaína -, não incide a causa especial de diminuição de pena, 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 acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.

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. 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.

5. *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.

6. 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. *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 o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

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)

In casu, observa-se que, após o julgamento da apelação, a Defesa formulou diretamente este *mandamus*. Não interpôs interpôs o recurso especial cabível.

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.

Mister sublinhar que o art. 33, § 4º, 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, possuir bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

Na espécie, verifica-se que as instâncias ordinárias, com arrimo nos fatos da causa, negaram a incidência da causa especial de redução de pena à espécie por entenderem que os pacientes se dedicavam às atividades criminosas, levando em consideração a quantidade, a diversidade e a natureza das drogas apreendidas - 27 pedras de *crack* e 7



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

papelotes de cocaína (fl. 12) - substâncias causadoras de efeitos extremamente deletérios.

Dessarte, afigura-se inviável a aplicação do aludido redutor, uma vez que tal conclusão - de que os pacientes se dedicavam às atividades criminosas - não pode ser revista sem o necessário revolvimento no acervo fático-probatório, o que não se admite em sede de *habeas corpus*, via angusta por excelência.

Nesse sentido:

DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADES CRIMINOSAS. NEGATIVA DE MITIGAÇÃO JUSTIFICADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. ORDEM DENEGADA.

1. Embora a paciente seja primária e de bons antecedentes, as instâncias ordinárias negaram-lhe a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 em razão da natureza e a quantidade do entorpecente apreendido, circunstâncias que indicariam a sua ligação com atividades criminosas.

2. Para se concluir que a paciente não se dedicava à atividades ilícitas 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 203.494/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 21/09/2011)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. POSSE DE 50 GRAMAS DE MACONHA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. RECONHECIMENTO DA DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ORDEM DENEGADA.

1. A aplicação da causa de diminuição da pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 foi rejeitada de forma fundamentada, tendo sido reconhecido, pelas instâncias ordinárias, que a paciente se dedica, de forma reiterada, ao comércio ilícito de drogas, não preenchendo, portanto, um dos requisitos legais à concessão do benefício, por se dedicar a atividades criminosas.

2. De mais a mais, é inviável a aplicação da causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, quando o agente foi condenado pelo crime do art. 35 da referida lei - associação estável ou de caráter permanente -, o que demonstra sua dedicação a atividades criminosas, no caso, relacionadas ao cometimento do crime de tráfico de drogas.

3. A conclusão a que chegaram as instâncias ordinárias está fundada no conjunto probatório colhido ao longo da instrução criminal, sendo que seria necessário o revolvimento aprofundado das provas constantes dos autos para se desconstituir o que ficou lá decidido, procedimento que, sabidamente, é vedado na estreita via do *habeas corpus*.

(HC 197.815/SP, Sexta Turma, Relator Desembargador convocado Haroldo Rodrigues, DJ e de 28.6.2011)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Do Supremo Tribunal Federal, colho o seguinte julgado:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PACIENTE QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. RECONHECIMENTO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. DECISÃO MANTIDA PELO STJ. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. APLICAÇÃO. INVIABILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

I – Para a concessão do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, é necessário que o réu seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

II – Neste caso, o juízo de primeiro grau deixou de aplicar a referida minorante por reconhecer o envolvimento do paciente com a marginalidade.

III – A discussão sobre a existência ou não de vínculo do paciente com atividades criminosas, exige o exame aprofundado de fatos e provas, o que, em sede de *habeas corpus*, não se mostra possível, por tratar-se de instrumento destinado à proteção de direito demonstrável de plano, que não admite dilação probatória. Precedentes.

(RHC 103.556/SP, Relator para acórdão Ministro Ricardo Lewandowski, DJ e de 25.5.2011)

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. FIXAÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 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 dos pacientes restou fixada em 5 (cinco) 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, razão assiste ao impetrante. 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, tal óbice legal foi declarado inconstitucional, 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 pelos arts. 33 e parágrafos, do Código Penal, o que não ocorreu na espécie.

Em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, realizada em 17.10.2013, colheu-se a informação de que a condenação dos pacientes transitou em julgado. 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 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, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0214970-9

HC 256.744 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 3815083820108190001

EM MESA

JULGADO: 17/10/2013

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. JOÃO FRANCISCO SOBRINHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO	: BRAZ FERNANDO SANT'ANNA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	: ALEXANDRE FERREIRA DIAS DE SOUSA
PACIENTE	: BRUNO DE ALMEIDA PONTINI

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, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

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

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Assusete Magalhães.