



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 335.949 - SP (2015/0230969-9)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : CYRO KUSANO E OUTRO
ADVOGADO : CYRO KUSANO E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARLOS EDUARDO BUENO DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS IDÔNEAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO. HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. VALORAÇÃO NEGATIVA DA QUANTIDADE, NATUREZA E DIVERSIDADE DAS DROGAS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. PENA DEFINITIVA SUPERIOR A 4 E NÃO EXCEDENTE A 8 ANOS. REGIME FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. Rever o entendimento externado pela Corte de origem para o fim de aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 demandaria, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório, inviável em sede de *habeas corpus*.

3. O STF, no julgamento do HC n. 111.840/ES, assentou que inexistia a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

4. A valoração negativa da quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação de regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso. Precedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. No caso, embora o paciente seja primário, condenado a pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) e não excedente a 8 (oito) anos de reclusão, a natureza, quantidade e diversidade das drogas, bem como o fato de o paciente ser apontado como "gerente" do tráfico local, justificam a fixação de regime prisional mais gravoso.

6. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de março de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 335.949 - SP (2015/0230969-9)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : CYRO KUSANO E OUTRO
ADVOGADO : CYRO KUSANO E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARLOS EDUARDO BUENO DA SILVA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de CARLOS EDUARDO BUENO DA SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0001031-88.2013.8.26.0070).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, incidente a minorante prevista no § 4º do art. 33 do mesmo estatuto (e-STJ fls. 23/32).

Irresignados, a defesa e o Ministério Público interpuseram apelações, sendo o recurso defensivo improvido e o ministerial provido para afastar a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 e redimensionar a pena do paciente para 5 anos de reclusão, mantido o regime inicial fechado (e-STJ fls. 53/59).

O recurso especial interposto foi considerado intempestivo, razão pela qual não foi admitido na origem (e-STJ fls. 263/264), sobrevivendo agravo em recurso especial. Entretanto, esta Corte Superior negou-lhe provimento (e-STJ fls. 280/281) e o subsequente agravo regimental também foi improvido (e-STJ fls. 300/304), ocorrendo o trânsito em julgado da condenação (e-STJ fl. 312).

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 1/15), os impetrantes sustentam que o acórdão impugnado impôs ao paciente constrangimento ilegal, pois afastou a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 sem fundamentação idônea, bem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

como manteve o regime inicial fechado com base na hediondez do delito.

Ao final, liminarmente e no mérito, pedem o redimensionamento da pena do paciente, mediante a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 em seu patamar máximo e a fixação de regime prisional mais brando.

A petição inicial do *habeas corpus* foi indeferida liminarmente, tendo em vista a deficiente instrução do feito (e-STJ fls. 42/44).

Interposto agravo regimental, oportunidade em que foi juntado o inteiro teor do acórdão impugnado, a decisão terminativa foi reconsiderada para processar o *habeas corpus*, com indeferimento do pedido liminar (e-STJ fls. 62/65).

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls. 76/81, opinou pelo não conhecimento do writ, mas pela concessão da ordem, de ofício, conforme a seguinte ementa:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO PELA APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/06 EM SEU GRAU MÁXIMO. REDUÇÃO QUE DEVE SER OPERADA NA METADE, CONSIDERANDO A NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO E DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSTULAÇÃO PELO NÃO CONHECIMENTO DO WRIT E PELA CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

As informações foram prestadas às e-STJ fls. 83/94, 100/164 e 167/316.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 335.949 - SP (2015/0230969-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

[...] Habeas corpus não conhecido. (HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...]. (STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se, na presente oportunidade, o reconhecimento de constrangimento ilegal decorrente da não aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 e da fixação do regime inicial fechado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em relação à causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, segue a fundamentação constante do acórdão impugnado para afastar a incidência do redutor (e-STJ fls. 56/59):

O policial civil Luís Henrique Zanoello, na fase policial (fls. 3), declarou que havia algum tempo que investigava uma quadrilha de traficantes, da qual o apelante Carlos era o “gerente”, sendo responsável pela distribuição das drogas a outros comerciantes de entorpecentes, o único da organização que ainda não havia sido preso. Quando dos fatos, em cumprimento a mandado de busca e apreensão domiciliar, realizou diligências na residência do apelante Carlos, onde encontrou os entorpecentes e uma balança digital no interior da gaveta de uma cômoda.

Em Juízo (CD- fls. 109), a testemunha Luís afirmou que o apelante Carlos era investigado havia bastante tempo. Por intermédio de interceptação telefônica, gravou-se uma conversa entre o apelante e Fabiano, o “Birruga”, onde se evidenciou que Carlos Eduardo gerenciava os negócios da quadrilha. Na ligação interceptada, o assunto dizia respeito a droga e dinheiro, o que, além das informações anônimas recebidas, motivou o pedido de mandado de busca. No momento da ação policial, o apelante negou a propriedade da droga e da balança, afirmando que os policiais é que as teriam deixado no local. O entorpecente e a balança estavam no quarto do apelante, em uma gaveta. A cocaína estava acondicionada em cápsulas e as pedras de “crack” embaladas, prontas para comercialização. Na qualidade de gerente do tráfico, o apelante distribuía as drogas para a revenda, principalmente a adolescentes. Conhecia o apelante havia cerca de dois anos, afirmando que ele nunca trabalhou.

No mesmo sentido depôs o também policial civil José Carlos da Silva, acrescentando, em Juízo (CD- fls. 109), que participou das diligências, tanto da que resultou na prisão do apelante, quanto das anteriores. Informou que, após a apreensão de drogas em uma propriedade rural e da fuga do traficante Fabiano, vulgo “Birruga”, para outra cidade, realizou-se interceptação telefônica, sendo registrada conversa entre ele e o apelante Carlos, tendo sido este “nomeado” para administrar os “negócios”. Quando dos fatos, foram apreendidos “crack”, cocaína e uma balança, na residência do apelante. Ele negou a propriedade da droga, dizendo que ela havia sido “entrujada”. O apelante Carlos Eduardo era o depositário da droga, pois a deixava em sua casa e a distribuía para outros traficantes que agiam nas imediações.

[...]

Para a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, é indispensável que o réu seja



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

Não resta dúvida de que tal causa de diminuição de pena é de ser aplicada apenas àquele que tenha praticado o delito de maneira isolada, como um pequeno deslize em sua vida, ainda que penalmente punível.

Aqueles que fazem do tráfico de drogas um meio de vida, mesmo que não tragam em sua folha de antecedentes condenações por outros crimes, não fazem jus ao benefício.

A causa de redução deve ser aplicada em caráter excepcional, em situações específicas, quando não houver dúvidas de que o réu veio a cometer o ato como um desvio em sua vida, e não de modo contumaz e habitual.

No caso dos autos, ficou demonstrado que o apelado Carlos não pode, de forma alguma, ser considerado como traficante ocasional, pois, pela quantidade e diversidade da droga apreendida em seu poder, 47 (quarenta e sete) microtubos plásticos contendo cerca de 33 grs. (trinta e três gramas) de cocaína e 4 (quatro) porções de “crack”, com peso aproximado a 1,700 (um grama e setecentos miligramas)”, e do fato de ter declarado que faz “bicos”, é de se concluir que, por intermédio da habitual atividade criminosa de narcotráfico, obtinha seus meios de subsistência.

Consequentemente, não preenche todos os requisitos para a obtenção do benefício previsto no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 e, portanto, deve ser afastada a referida causa de diminuição de pena, o que faz com que a reprimenda retorne ao mínimo legal de 5 (cinco) anos de reclusão, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

Dessa forma, ressaí da transcrição supra que o Tribunal *a quo* formou a sua convicção com base nos elementos fático-probatórios constantes dos autos, como a quantidade e variedade dos entorpecentes apreendidos – 47 microtubos plásticos de cocaína e 4 porções de *crack* –, além de balança de precisão e outros elementos de prova no sentido de que o paciente se dedicava ao narcotráfico, inclusive gerenciando a atividade local. Desconstituir tais assertivas demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via estreita do *habeas corpus*.

Em hipóteses análogas, decidiu esta Corte:

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.
TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO E DE
VERIFICAÇÃO SE O AGENTE NÃO SE DEDICA À ATIVIDADE**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CRIMINOSA. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. INOVAÇÃO RECURSAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O acolhimento do pedido de absolvição por falta de provas da autoria delitiva e o afastamento da conclusão de que o agente se dedica à atividade criminosa com o objetivo de fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, demandam, necessariamente, o revolvimento do acervo fático-probatório, procedimento que encontra óbice na Súmula 7/STJ ("A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial").

[...]

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 524.486/BA, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Sexta Turma, DJe 11/11/2015).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO, ESPECIAL OU DE REVISÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO ABSOLUTÓRIO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE PELA VIA DO WRIT. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O § 4º, DO ART. 33, DA LEI 11.343/06. RECONHECIDO NO TRIBUNAL DE ORIGEM QUE O PACIENTE SE DEDICAVA À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE PELA VIA DO WRIT. ELEVAÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, VII, DA LEI 11.343/06. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. PEDIDOS DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS E MUDANÇA PARA REGIME MENOS GRAVOSO. IMPOSSIBILIDADE. PENA DEFINITIVA QUE ULTRAPASSAM OS LIMITES LEGAIS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

3. Tendo sido reconhecido pelo Tribunal a quo, com base nos elementos fático-probatórios dos autos, a dedicação do paciente em atividade criminosa, inviável a aplicação da minorante, diante do não preenchimento dos requisitos previstos no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, circunstância cuja reapreciação enseja a valoração de prova, o que é incabível na via estreita do habeas corpus.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido. (HC 207.874/RJ, Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, DJe 6/11/2015).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS E CORRUPÇÃO DE MENORES. ABSOLVIÇÃO E MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE NO WRIT. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO E SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DESCABIMENTO.

[...]

3. A benesse do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 tem como finalidade punir com menor rigor o traficante não habitual, isto é, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida, de modo que, para fazer jus àquele benefício, o agente deve preencher os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa.

4. Rever a conclusão do sentenciante - de que o paciente integrava organização criminosa (Comando Vermelho) e exercia o tráfico de drogas de modo profissional e habitual - demandaria incursão no acervo fático-probatório, o que é inviável na via estreita do habeas corpus.

[...]

8. Habeas corpus não conhecido. (HC 184.136/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe 8/9/2015).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.

2. Não há constrangimento ilegal no ponto em que, fundamentadamente, não foi aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, à vista de elementos concretos que indicaram a dedicação do acusado à atividade criminosa do tráfico.

3. Para acolher a tese defensiva de que o acusado não se dedica a atividades criminosas, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência vedada na via estreita do habeas corpus.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

8. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, tão somente para que o Juízo das Execuções, mediante concreta fundamentação, analise a possibilidade de fixação de regime inicial mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal. (HC 314.626/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe 26/8/2015).

Assim, não é possível constatar a ocorrência de constrangimento ilegal na negativa de aplicação da referida benesse.

No que toca ao regime prisional, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, do Código Penal. Segue a ementa do acórdão:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 (STF, HC n. 111.840, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe em 17/12/2013).

Esse entendimento também é adotado por ambas as Turmas da Terceira Seção desta Corte, conforme se verifica dos seguintes julgados, dentre outros: HC 327.850/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe 29/10/2015; HC 311.618/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 24/6/2015; HC 264.068/RS, HC 274.020/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO, Sexta Turma, DJe 19/2/2015; e HC n. 299.797/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 2/12/2014.

Traçadas essas balizas e constatado que a Corte local estabeleceu o regime inicial fechado com fundamento na hediondez do delito, resulta imperativo observar os parâmetros contidos no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal para o fim de determinar o regime prisional.

Para tanto, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a valoração negativa da quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade. Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO. NÃO CABIMENTO. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. QUANTIDADE E VARIEDADE DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INVIABILIDADE.

[...]

2. Justificado o quantum de redução pela minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em razão da qualidade e diversidade das drogas apreendidas, descabe falar em flagrante constrangimento ilegal a ser sanado, ainda mais quando a fração de redução aplicada "fica indene ao crivo do habeas corpus, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório (HC 321.624/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2015, DJe 03/08/2015).

3. Caso em que a incidência daquela minorante no patamar de 1/3 decorreu da quantidade e da natureza da droga apreendida (55 porções de cocaína e maconha), inexistindo ilegalidade patente a ser reparada na via estreita do mandamus.

4. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar o disposto no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

5. A despeito de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis e de a pena ter sido fixada em 3 anos e 4 meses de reclusão, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas em poder do paciente, também utilizadas para o fim de fixar o regime prisional, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, admitem o cumprimento inicial da sanção no regime semiaberto.

6. A Suprema Corte, no HC n. 97.256/RS, também passou a admitir a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, no termos do art. 44 do Código Penal.

7. A jurisprudência desta Corte tem entendido que a natureza, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas podem interferir na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (AgRg na Rcl 21.663/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/11/2014, DJe 05/12/2014).

8. In casu, a Corte estadual, sem se alinhar àquela orientação pretoriana, valeu-se, também, da quantidade (55 invólucros) e da natureza da droga (cocaína e maconha) para vedar a substituição pretendida.

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena. (HC 296.069/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe 11/9/2015).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NÃO CONHECIMENTO.

1. 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 restritivas de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

2. Mantido o regime inicial fechado e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos pelo Tribunal de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, em especial a quantidade e a natureza da droga apreendida - 25,5 g de cocaína - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

3. Habeas corpus não conhecido. (HC 321.231/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 11/9/2015).

Assim, não obstante o paciente seja primário, condenado à pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) e não excedente a 8 (oito) anos de reclusão, constata-se que a natureza, a quantidade e diversidade da droga apreendida – 47 microtubos plásticos de cocaína e 4 porções de *crack* –, bem como o fato de o paciente ser apontado como "gerente" do tráfico local, justificam a fixação de regime prisional mais gravoso.

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

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0230969-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 335949 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00010318820138260070 10318820138260070 20140000596493

EM MESA

JULGADO: 17/03/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : CYRO KUSANO E OUTRO
ADVOGADO : CYRO KUSANO E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARLOS EDUARDO BUENO DA SILVA

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 QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.