



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 256.569 - SP (2012/0213211-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BEATRIZ SUTTI FERREIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : REGIANE GOMES RIBAS

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PERSONALIDADE VOLTADA PARA A PRÁTICA DE DELITOS. FEITOS EM CURSO. INVIABILIDADE. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N.º 444/STJ. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. 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. Na hipótese, existe manifesta ilegalidade no tocante à exasperação da pena-base, porquanto inquéritos e feitos criminais em curso não podem ser considerados para se firmar um juízo negativo sobre a personalidade do agente, pois se não o são para a circunstância que lhes é própria, antecedentes, ainda com mais razão não poderiam ser para a que não é pertinente ao exame de dada matéria, sob pena de violação ao princípio constitucional da não-culpabilidade. Inteligência da súmula n.º 444 deste Superior Tribunal de Justiça. Redução da pena para 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa.
3. Concluído pelo Colegiado estadual, com arrimo nos fatos da causa, que a paciente se dedicava às atividades criminosas, 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*.
4. Esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

menos gravoso, e a substituição da pena privativa de liberdade pro restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

5. 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. *In casu*, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos e 10 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

6. *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.

7. 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.

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de afastar a exasperação da pena-base em razão da valoração negativa da circunstância judicial da personalidade, reduzindo a reprimenda imposta à paciente para 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, bem como para, 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 pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 18 de março de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 256.569 - SP (2012/0213211-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BEATRIZ SUTTI FERREIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : REGIANE GOMES RIBAS

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Cuida-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de REGIANE GOMES RIBAS, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo (Apelação Criminal n.º 0086541-34.2009).

Extrai-se dos autos que a paciente foi condenada, em primeiro grau, à pena de 07 (sete) anos de reclusão, em regime fechado, bem como ao pagamento de 700 dias-multa, em razão do delito de tráfico de drogas majorado. Confirmam-se os termos do *decisum*, no que interessa:

(...) Passo a dosagem da pena. Atendendo as diretrizes contidas no artigo 59 do Código Penal, fixo a pena base em 06 (seis) anos de reclusão e pagamento de multa de 600 (seiscentos) dias-multa, calculados cada qual em um trigésimo do maior salário mínimo vigente ao tempo do cometimento do delito, com correção monetária desde aquela época, pois apresenta personalidade voltada para a prática de crimes, como revelam as certidões criminais juntadas aos autos. Não existem circunstâncias agravantes e atenuantes a considerar. O crime foi praticado no interior de estabelecimento prisional, razão peja qual aumento sua pena em 1/6. Não existem outras causas de aumento ou diminuição de pena a aplicar. A quantidade de substância entorpecente apreendida e natureza mais nociva da droga, tomam inaplicável a benesse prevista no artigo 33, § 4º da Lei 11.343/06, criada com o objetivo de evitar encarceramento exagerado ao pequeno traficante, que está se iniciando no narcotráfico, em face do recrudescimento punitivo que adveio com o novo diploma legal. Não é o caso dos autos, pois a ré não demonstrou de atividade lícita, de modo suficiente, recebendo a droga de terceiros para introduzi-la no estabelecimento prisional, inferindo-se de tais circunstâncias que já vinha se dedicando às atividades delituosas, tanto que responde pela prática de outros crimes. Ante o exposto, julgo a ação PARCIALMENTE PROCEDENTE e a:) CONDENO REGIANE GOMES RIBAS, qualificada nos autos, à pena de 07 (sete) anos de reclusão e multa de 700 (setecentos) dias-multa, calculados cada qual em um trigésimo do maior salário mínimo vigente ao tempo do cometimento do delito, com correção monetária desde aquela época, por infração ao artigo 33, "caput", c.c. artigo 40, III ambos da Lei 11.343/06 e b) ABSOLVO-A da acusação de cometimento do crime previsto no artigo 35, "caput", c.c. artigo 40, III ambos da Lei 11.343/06, com fundamento no artigo 386, VII do Código de Processo Penal. Deixo de conceder à ré qualquer benefício, em razão do disposto no artigo 44 da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Lei 11.343/06 e Lei 8072/90. O cumprimento da pena será, inicialmente, em regime fechado. (...) (fls. 204/205).

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de origem, o qual negou provimento ao recurso, nos seguintes termos:

Com relação dosimetria penal, a r. sentença não merece reparo.

Na fixação da pena-base foram observados os ditames legais para a sua fixação, elencados no artigo 59 do Código Penal.

Tal dispositivo legal prevê que para a fixação da pena base deve ser levado em conta a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e consequências do crime e o comportamento da vítima.

Assim, evidente que os maus antecedentes do acusado são apenas um dos fatores a serem considerados quando da fixação da pena base.

No caso em comento, agiu corretamente a MM. Juíza a quo, consignando que a ré apresenta "personalidade voltada para prática de crimes" (fls. 164 - g.n.), o que é suficiente para exasperação da pena, nos termos do art. 59 do CP, ainda que não possua a ré maus antecedentes, já que não ostenta condenação transitada em julgado.

(...)

Assim, com o fim de individualização da pena, para obter-se o resultado que seja o necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, correta a fixação da pena base acima do mínimo legal em 06 anos de reclusão e 600 dias-multas.

Na segunda fase, comprovada a causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/06, a pena foi corretamente aumentada em 1/6, perfazendo 07 anos de reclusão e 700 dias-multa no piso.

Por outro lado, inviável a aplicação do redutor do § 4º, artigo 33, da Lei 11.343/06.

A nova Lei de Drogas recrudescer o tratamento aplicado aos traficantes, agravando a dosagem penal, passando a variar de 5 a 15 anos de reclusão e pagamento de 500 a 1500 dias-multa.

Da mesma feita passou a criar uma causa de redução, diminuindo o rigor da norma, a fim de beneficiar o chamado "pequeno traficante", desde que atendessem a determinados requisitos.

Com efeito, para fazer jus à aplicação do redutor previsto na superveniente legislação, o réu deve ser primário, de bons antecedentes e não pode se dedicar à atividade criminosa ou integrar organizações criminosas.

No caso dos autos, a ré foi detida entrando em um presídio, com expressiva quantidade de drogas de alto potencial lesivo 96,6 g de cocaína.

Assim, à luz das peculiaridades do caso em tela, em que pese a primariedade da ré, é inegável que a grande quantidade de droga apreendida e o contexto da apreensão, impedem a aplicação do redutor previsto no § 4º, do artigo 33, da lei 11.343/06.

(...)

Com tamanha quantidade de drogas em seu poder, poderia o companheiro da ré, Diego, utilizar os entorpecentes dentro da prisão como moeda de troca, alcançando posição de liderança no estabelecimento prisional.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Além disso, a ré não comprovou ocupação lícita e está sendo processada pela prática de diversos outros crimes, como furtos, havendo fortes indicativos de que se dedique à atividades criminosas.

Por outro lado, que o mencionado parágrafo 4º emprega o termo "poderão", o que seguramente indica não ser obrigatória a redução, que, aliás, seria proibida em caso de agente não primário ou sem bons antecedentes, e que se dedique a atividades criminosas, ou integrem organizações criminosas.

(...)

Ocorre, porém, que mesmo em casos que não haja tal proibição, a aplicação de tal causa não é obrigatória, pelo que impossível seu reconhecimento no caso em tela.

Assim, torno a pena definitiva em 07 anos de reclusão e 700 dias-multa no piso.

O regime inicial fechado para início do desconto da corporal é o único compatível com o delito, dada a determinação legal em se tratando de crime hediondo (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90).

Cumpra observar que o ilícito do qual ora se trata, equiparado a hediondo, tem como principal engrenagem motora a dependência química e psíquica, principalmente por parte de jovens de diferentes classes sociais, o que acaba por resultar no aumento da criminalidade pelo cometimento de crimes mais graves em prol do sustento de tal vício.

Daí o reconhecimento da alta periculosidade da conduta, de forma que o regime fechado permitirá ao condenado uma maior recuperação, bem como a importante reflexão quanto ao impacto social e a gravidade de sua conduta.

Posto isto, NEGO PROVIMENTO à apelação da Defesa, mantendo-se a r. sentença tal qual lançada (fls. 271/276).

Daí o presente *mandamus*, no qual sustenta o impetrante coação ilegal suportada pela paciente, pois a autoridade coatora afirmou que as certidões criminais juntadas aos autos indicariam que a paciente teria personalidade voltada à prática de crimes, além disso considerou que a aplicação da causa de diminuição da pena, prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06, consiste em mera faculdade do julgador, bem como a ausência de comprovação de ocupação lícita e a quantidade de drogas apreendidas implicariam a não incidência da norma.

Afirma que nas certidões acostadas aos autos não constam condenação penal definitiva contra a paciente anterior ao fato versado, não restando evidenciado ao cabo da instrução nada que permitisse dessumir a reiterada prática de infrações penais pela paciente.

Outrossim, assevera que a paciente ostenta bons antecedentes criminais e quanto a quantidade de droga apreendida, aduz que apenas aponta a não incidência da norma que incrimina o porte de drogas para uso próprio, devendo ser reconhecida a aplicação da causa de diminuição, disposta no artigo 33, § 4º da Lei 11.343/2006, uma vez que tem natureza de direito subjetivo da paciente.

Assevera, outrossim, que a conclusão de dedicação à atividades criminosas a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

partir da premissa de desemprego da paciente, constitui uma violação aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Defende que a pena seja reduzida pela aplicação do parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/2006, na eventualidade de um édito condenatório. Reputa necessário abrandar o regime prisional e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, à luz do princípio da individualização da pena.

Requer "seja determinada menor quantidade de reprimenda, fixando-se a pena-base no mínimo legal e aplicando-se a mirante do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas; e estabelecido o regime inicial aberto (ou inicial semiaberto, conforme o *quantum penal*) para o cumprimento da reprimenda privativa de liberdade, bem como a substituição desta por restritiva de direitos, consoante os artigos 33 e 44 do Código Penal" (fl.11).

Foram prestadas informações às fls. 291/318.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Durval Tadeu Guimarães, pelo não conhecimento do *writ* (fls. 321/322).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 256.569 - SP (2012/0213211-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PERSONALIDADE VOLTADA PARA A PRÁTICA DE DELITOS. FEITOS EM CURSO. INVIABILIDADE. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N.º 444/STJ. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. 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. Na hipótese, existe manifesta ilegalidade no tocante à exasperação da pena-base, porquanto inquéritos e feitos criminais em curso não podem ser considerados para se firmar um juízo negativo sobre a personalidade do agente, pois se não o são para a circunstância que lhes é própria, antecedentes, ainda com mais razão não poderiam ser para a que não é pertinente ao exame de dada matéria, sob pena de violação ao princípio constitucional da não-culpabilidade. Inteligência da súmula n.º 444 deste Superior Tribunal de Justiça. Redução da pena para 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa.
3. Concluído pelo Colegiado estadual, com arrimo nos fatos da causa, que a paciente se dedicava às atividades criminosas, 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*.
4. Esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, e a substituição da pena privativa de liberdade pro restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.
5. 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. *In casu*, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos e 10 meses de reclusão, não é possível a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pretendida substituição.

6. *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.

7. 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.

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de afastar a exasperação da pena-base em razão da valoração negativa da circunstância judicial da personalidade, reduzindo a reprimenda imposta à paciente para 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, bem como para, 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)

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 as instâncias de origem exasperaram a sanção básica da paciente em 1 ano de reclusão, considerando como desfavorável a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstância judicial relativa à personalidade.

Contudo, consoante salientou o Tribunal *a quo* (fl. 271), à época da condenação a paciente não ostentava condenação transitada em julgado. Assim, não poderiam as instâncias ordinárias consignar a personalidade como circunstância judicial desfavorável, sob pena de violação ao princípio da presunção de inocência.

Ora, se é pacífica a compreensão desta Corte no sentido de que inquéritos e ações penais em curso não podem ser considerados para se firmar um juízo negativo sobre os antecedentes do acusado, o mesmo raciocínio deve ser adotado relativamente à personalidade, pois se não o são para a circunstância que lhes é própria, ainda com mais razão não poderiam ser para a que não é pertinente ao exame de dada matéria. A fundamentação empregada, portanto, deve ser afastada, eis que importa em violação ao princípio constitucional da não-culpabilidade.

Sobre o tema, confirmam-se os seguintes precedentes da Turmas que compõem a Terceira Seção:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PERSONALIDADE VOLTADA PARA A PRÁTICA CRIMINOSA. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO. CONDUTA SOCIAL E MOTIVOS DO CRIME NEGATIVOS COM BASE EM ELEMENTOS CONCRETOS. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO INERENTES AO TIPO PENAL VIOLADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Consoante orientação já sedimentada nesta Corte Superior, inquéritos policiais ou ações penais sem certificação do trânsito em julgado não podem ser levados à consideração como personalidade desajustada para a elevação da pena-base, em obediência ao princípio da presunção de não culpabilidade. Exegese da Súmula 444 deste Superior Tribunal de Justiça.

2. A conduta social do paciente e os motivos do crime foram negativamente valorados com base em fundamentos concretos, justificando o acréscimo de reprimenda na primeira fase da dosimetria.

3. Não é dado ao juiz sentenciante se utilizar de circunstâncias e consequências inerentes ao tipo violado para elevar a reprimenda imposta ao paciente.

4. Considerando-se que a sanção cominada ao delito imputado ao paciente varia de 6 (seis) a 10 (dez) anos de reclusão, existindo 2 (duas) circunstâncias judiciais negativas em seu desfavor, fixa-se a reprimenda básica do acusado em 7 (sete) anos de reclusão, a qual é fixada definitivamente em 8 (oito) anos e 9 (nove) meses de reclusão, em razão do acréscimo de 1/4 decorrente do fato de o paciente ser preceptor da vítima.

(...)

2. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena do paciente para 8 (oito) anos e 9 (nove) meses de reclusão,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e fixar o modo inicialmente fechado para a execução da reprimenda, afastando-se a impossibilidade de progressão de regime prisional.

(HC 217.520/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 12/06/2013)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO CONTRA ACÓRDÃO DE APELAÇÃO. SUCEDÂNEO RECURSAL INOMINADO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TRÁFICO.

IMPETRAÇÃO PREJUDICADA QUANTO AS PACIENTES TATIANE e VALQUIRIA, PORQUE EXTINTAS AS RESPECTIVAS PENAS. FLAGRANTE ILEGALIDADE QUANTO AO PACIENTE ADELINO. FIXAÇÃO DE 1/6 DE REDUÇÃO NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. PERSONALIDADE VOLTADA PARA O CRIME COMO ÚNICO MOTIVO.

AUSÊNCIA DE CONDENAÇÕES ANTERIORES COM TRÂNSITO EM JULGADO.

APLICAÇÃO DO MÁXIMO LEGAL DE 2/3. REDUÇÃO DA PENA FINAL PARA 1 ANO E 8 MESES DE RECLUSÃO. FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO, DE SURSIS E DE SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS.

PERDA DO OBJETO EM FACE DA UNIFICAÇÃO COM OUTRAS CONDENAÇÕES.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem contra acórdão de apelação, como se fosse um sucedâneo recursal inominado.

2. Fica prejudicado o habeas corpus se, como ocorre na espécie em relação às pacientes Tatiane e Valquiria, as respectivas penas já foram cumpridas e extintas.

3. Processos em andamento, sem condenação com trânsito em julgado, não legitimam a consideração de modo desfavorável da personalidade, único fundamento utilizado pelo acórdão atacado para impor redução pelo mínimo legal, para a causa especial do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, em relação ao paciente Adelino.

4. Ilegalidade detectada que faz, em consequência, impor a redução pelo máximo legal, ou seja, 2/3, encontrando uma reprimenda final de 1 ano e 8 meses de reclusão.

5. Pretensão de fixar o regime aberto, de conceder o sursis e a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos que apresenta-se prejudicada, por falta de objeto, pois o juízo da execução promoveu unificação de reprimendas, com mais duas outras condenações.

6. Impetração julgada prejudicada quanto às pacientes Tatiane de Andrade Ambrosio e Valquiria Pereira de Oliveira, e não conhecida em relação ao paciente Adelino Romualdo da Silveira, mas concedida a ordem, ex officio, para reduzir-lhe a pena para 1 ano e 8 meses de reclusão, julgando ainda prejudicados os seus pedidos de fixação do regime aberto, de concessão do sursis e de substituição de pena.

(HC 185.615/RJ, de minha relatoria, julgado em 28/05/2013, DJe 06/06/2013)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESVIRTUAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. USO DE DOCUMENTO FALSO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MÁ CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE VOLTADA PARA A PRÁTICA DE ILÍCITOS. INQUÉRITOS POLICIAIS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444/STJ. CULPABILIDADE. ACENTUADA REPROVABILIDADE DA CONDUTA DELITUOSA PRATICADA. EXECUÇÃO. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. DESFAVORABILIDADE DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. IMPOSIÇÃO DA FORMA INTERMEDIÁRIA DEVIDAMENTE JUSTIFICADA.

MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a fim de preservar a coerência do sistema recursal e a própria função constitucional do writ, de prevenir ou remediar ilegalidade ou abuso de poder contra a liberdade de locomoção.

2. O remédio constitucional tem suas hipóteses de cabimento restritas, não podendo ser utilizado em substituição a recursos processuais penais, a fim de discutir, na via estreita, temas afetos a apelação criminal, recurso especial, agravo em execução, tampouco em substituição a revisão criminal, de cognição mais ampla. A ilegalidade passível de justificar a impetração do habeas corpus deve ser manifesta, de constatação evidente, restringindo-se a questões de direito que não demandem incursão no acervo probatório constante de ação penal.

3. Não é possível contornar o atendimento dos rigorosos requisitos de admissibilidade do recurso especial socorrendo-se do uso do habeas corpus.

4. Consoante entendimento deste Superior Tribunal, inquéritos policiais e ações penais em andamento ou sem certificação do trânsito em julgado não podem ser utilizados como maus antecedentes, má conduta social ou personalidade desajustada para a elevação da pena-base, sob pena de violação do princípio da presunção de não culpabilidade (Súmula 444/STJ).

5. Tendo o acusado instrução universitária e sendo advogado militante, com muito mais vigor deveria respeitar o ordenamento jurídico e proceder com ética no exercício da advocacia, de sorte que se releva de todo reprovável o fato de, na qualidade de patrono, ter-se utilizado de prestígio político e de conhecimentos técnico-jurídicos para obter vantagens ilícitas, em detrimento de diversos trabalhadores idosos e humildes, causando prejuízos à Previdência Social, inclusive orientando-os a mentir aos policiais federais, mostrando-se justificada, portanto, a valoração negativa da culpabilidade.

6. Embora tecnicamente primário ao tempo do delito ora analisado e apesar de ter sido definitivamente condenado à pena inferior a 4 anos de reclusão, verifica-se que o estabelecimento do regime intermediário para o início do cumprimento da sanção reclusiva se encontra devidamente justificado, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, haja vista a negatividade de circunstância judicial (culpabilidade), tanto que a pena-base do paciente restou fixada acima do mínimo legalmente previsto.

7. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido de ofício, para reduzir em parte a pena-base do paciente, tornando a sua reprimenda definitiva em 2 anos e 4 meses de reclusão e pagamento de 94 dias-multa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 231.672/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2013, DJe 01/03/2013)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM ORIENTAÇÃO ADOTADA PELO PRETÓRIO EXCELSO. LESÃO CORPORAL GRAVE. INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. ELEVAÇÃO DA PENA-BASE. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 444/STJ. DELITO PRESCRITO. CONDENAÇÃO INSUBSISTENTE. AUSÊNCIA DE REINCIDÊNCIA OU MAUS ANTECEDENTES. CONCESSÃO DE SURSIS (ART. 77 DO CP). POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Ministro Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012 e HC 104.045/RJ, Ministra Rosa Weber, DJe de 6.9.2012, dentre outros.

- Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira de tal entendimento, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa toada, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício. A propósito: HC 221.200/DF, Ministra Laurita Vaz, DJe de 19.9.2012.

- O Superior Tribunal de Justiça entende que inquéritos policiais e ações penais em andamento ou sem certificação do trânsito em julgado não podem ser utilizados como maus antecedentes, má conduta social ou personalidade voltada para o crime a fim de elevar-se a pena-base, sob pena de violação ao princípio da presunção de não culpabilidade, conforme enunciado n. 444 da Súmula desta Corte, in verbis: "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base." - Esta Corte Superior adota o posicionamento de que extinta a punibilidade não subsiste a condenação, com o desaparecimento de todos os seus efeitos, não se cogitando de reincidência ou maus antecedentes.

- Hipótese em que a única justificativa apresentada pelo Tribunal de origem, para o indeferimento do sursis, foi a presença de maus antecedentes, que não deve ser mantida, haja vista a orientação do STJ.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, nos termos do voto da relatora.

(HC 240.698/RJ, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 16/10/2012, DJe 22/10/2012)

Vê-se, assim, que as instâncias de origem, servindo-se de feitos criminais em curso, incrementaram a pena-base ao argumento de que a paciente teria personalidade "voltada para a prática de crimes " (fl. 204). Tal se insere na contramão da jurisprudência (sumulada, inclusive, enunciado n.º 444) desta Corte.

Confira-se, inclusive, o que dispõe a Súmula n.º 444 deste Superior Tribunal de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Justiça, *in verbis*:

É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

Nesse diapasão, certo é que a pendência de procedimentos penais em marcha não pode ser substrato para a exasperação da pena-base, sob pena de quebrantar o princípio da presunção de inocência.

Quanto à causa especial de redução de pena, 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.

In casu, verifica-se que o Tribunal de origem negou a incidência da causa especial de redução de pena à espécie, por entender que a paciente se dedicava às atividades criminosas.

Dessarte, com arrimo nos fatos da causa, o Colegiado estadual concluiu que a paciente se dedicava às atividades criminosas, o que não pode ser revisto sem o necessário revolvimento fático-probatório, inviável nesta sede, 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, §



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

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)

Procedo, dessarte, à nova dosimetria:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Afastada a valoração negativa da circunstância judicial referente à personalidade, fixo a pena-base no mínimo legal - 5 anos de reclusão e 500 dias-multa. Majoro a pena em 1/6 (um sexto), em razão da causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006, tornando-a definitiva em 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa.

No mais, cumpre salientar que, tanto a estipulação do regime inicial fechado - contida no § 1º do art. 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 art. 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 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)

Diante disso, 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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:

"*Habeas corpus*. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei n.º 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 n.º 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 n.º 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 n.º 8.072/90, com a redação dada pela Lei n.º 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 n.º 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.

Na hipótese vertente, entretanto, não se afigura possível a concessão da pretendida substituição.

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, 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 e 10 meses 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, entretanto, assiste razão à 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 questão foi superada pela Suprema Corte, 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.

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*. Contudo, **concedo a ordem, de ofício**, para, afastada a exasperação da pena-base pela valoração negativa da circunstância judicial da personalidade, reduzir a reprimenda imposta à paciente para 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, bem como para, 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: 2012/0213211-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 256.569 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 2240120090865416 30402009 86541342009

EM MESA

JULGADO: 18/03/2014

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. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: BEATRIZ SUTTI FERREIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: REGIANE GOMES RIBAS
CORRÉU	: DIEGO DANTAS CAETANO

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 e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.