



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 374.719 - SP (2016/0270108-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ANA CAROLINA CARNEIRO BARDE BEZERRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROSELI DA PAZ (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E ART. 93, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. INOBSERVÂNCIA. OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, §§ 2.º E 3.º, DO CÓDIGO PENAL. NECESSIDADE. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

1. Concluído pelas instâncias de origem, com arrimo nos fatos da causa, que a paciente dedicava-se 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*.

2. 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.

3. Fixada a pena-base no mínimo legal, e, sendo a reprimenda final da paciente igual a 5 anos de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea *b*, do Código Penal.

4. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda corporal imposta à paciente nos autos da Ação Penal n.º 0000083-26.2015.8.26.0637.

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 da impetração, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 06 de dezembro de 2016(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 374.719 - SP (2016/0270108-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ANA CAROLINA CARNEIRO BARDE BEZERRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROSELI DA PAZ (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de ROSELI DA PAZ, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n.º 0000083-26.2015.8.26.0637).

Segundo se colhe dos autos, a paciente foi condenada, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, pela prática descrita no artigo 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006. Eis o teor do *decisum*, no que interessa:

(...)

Resta perquirir, ao final, se a ré faz jus à benesse do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Na fase policial a acusada qualificou-se como diarista e em Juízo afirmou trabalhar como garçonne, todavia, não foi capaz de indicar nenhum local onde exercia qualquer dessas funções.

Assim, não há qualquer prova ou indício de que a ré desempenhasse atividade lícita, a se presumir que tinha no tráfico sua única atividade remunerada, a impedir a benesse legal.

(...)

Passo à fixação das penas.

A ré era primária e portadora de bons antecedentes à época dos fatos, motivo pelo qual, atento à natureza e quantidade do entorpecentes, fixo a pena no mínimo legal de cinco (05) anos de reclusão e quinhentos (500) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, em razão de sua situação econômica, pena que converto em definitiva, por não encontrar nenhuma outra circunstância modificadora aplicável.

O regime de cumprimento de pena privativa de liberdade, em se tratando de crime equiparado a hediondo, deve ser o fechado, conforme dispõe o artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com redação determinada pela Lei nº 11.464/07.

(...)

Deve ser ressaltado, ainda que, no caso específico dos autos, as circunstâncias fáticas do caso indicam como necessária a imposição do regime mais gravoso para cumprimento da pena, haja vista que a ré praticava o comércio ilegal de cocaína, na forma de "crack", cuja nocividade à saúde é fato certo e determinado, tanto pela ciência médica como pelo operador do direito, dada as consequências funestas no comportamento humano, além de fomentar de forma incisiva a prática de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inúmeros outros delitos.

A substituição da pena privativa de liberdade em restritiva sequer em tese é cabível, porquanto se trata de crime doloso com a pena superior a quatro anos. De toda forma, mais uma vez é de se consignar que a ré praticava o comércio ilegal de cocaína, movimentando significativa quantidade de entorpecentes, cuja natureza ostenta maior potencialidade lesiva à saúde pública. Evidentemente, nestas circunstâncias, possível concluir pela ausência do requisito do artigo 44, III, do Código Penal. (...)

(...)

Ante o exposto e o mais que dos autos consta, julgo procedente a presente ação penal e condeno ROSELI DA PAZ, qualificada nos autos, à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime fechado, além de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

(...) (fls. 51/59).

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal *a quo* negou provimento, em acórdão assim fundamentado:

A pena base foi fixada no mínimo legal e não é realmente caso de aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Sua incidência não pode ser regra, bastando seja o agente primário e de bons antecedentes. Exige-se mais, fundamentalmente, não esteja o agente envolvido na prática de atividade ilícita habitual. E, no presente caso, a ré foi surpreendida com razoável quantidade de drogas e ela não comprovou o desempenho de atividade lícita, **o que demonstra a sua dedicação à atividade criminosa, não se tratando de traficante ocasional.**

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. O crime de tráfico de drogas é nefasto, causador de grande desassossego social, pelo que é preciso maior reprovabilidade àqueles que enveredam para a prática de tal conduta ilícita, de modo que prevaleça o parâmetro da suficiência e proporcionalidade na fixação da pena, mostrando-se de todo inviável qualquer benefício, sob pena de indisfarçável impunidade, na contramão do anseio social voltado para a melhoria da segurança pública.

Sabe-se que o tráfico de drogas é uma espécie de mola propulsora à prática de outros crimes graves, principalmente roubos. E, é justamente atento a isso, que se impõe tratamento com maior rigor ao traficante, delinqüente que, por conclusão lógica, não tem mérito para benesses legais.

O regime inicial fechado para o cumprimento da pena foi corretamente fixado, pois a gravidade do crime assim o recomenda, sendo comparado a crime hediondo, o que enseja a aplicação, inicialmente, de um regime mais severo, mostrando à sociedade a eficaz repressão a esse tipo de delito.

Não é só. Quem envereda para a prática desse tipo de criminalidade, indisfarçavelmente tem personalidade deturpada, causadora de risco à ordem pública.

(...)

Diante dos lúcidos fundamentos da r. sentença condenatória, dizer mais seria redundância desnecessária, frisando que a hipótese é da manutenção integral, sob os fundamentos jurídicos constantes a fls. 129/143 (fls. 26/28).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dá o presente *mandamus*, em que se sustenta que a paciente faz jus ao redutor previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/2006, em seu patamar máximo.

Alega que a paciente é primária, possui bons antecedentes, e não foi produzida qualquer prova apta a indicar que a mesma se dedique a atividades criminosas ou que integre organização criminosa.

Defende a alteração do regime prisional e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Afirma que houve violação aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, individualização da pena, dentre outros.

Requer, liminarmente, que a paciente aguarde em regime semiaberto o julgamento final deste *writ*. No mérito, seja reduzida a pena na fração máxima prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, estabelecido o regime menos gravoso, bem como determinada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

A liminar foi indeferida às fls. 67/69.

Foram prestadas informações às fls. 78/80 e 83/93.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Mário Pimentel Albuquerque, pela "parcial concessão da ordem tão somente para que seja determinado o início do cumprimento da pena em regime semiaberto" (fls. 96/99).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 374.719 - SP (2016/0270108-5)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E ART. 93, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. INOBSERVÂNCIA. OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, §§ 2.º E 3.º, DO CÓDIGO PENAL. NECESSIDADE. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

1. Concluído pelas instâncias de origem, com arrimo nos fatos da causa, que a paciente dedicava-se 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*.

2. 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.

3. Fixada a pena-base no mínimo legal, e, sendo a reprimenda final da paciente igual a 5 anos de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea *b*, do Código Penal.

4. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda corporal imposta à paciente nos autos da Ação Penal n.º 0000083-26.2015.8.26.0637.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Destaco, inicialmente, que se trata de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, o que impede o seu conhecimento. Cabe avaliar, de qualquer sorte, a existência de ilegalidade patente, a ensejar a concessão de ordem de ofício.

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Verifica-se que as instâncias de origem negaram a aplicação da referida benesse por entender, com arrimo em elementos concretos dos autos, que a paciente não se tratava de traficante ocasional, dedicando-se às atividades criminosas.

Tal conclusão, como é cediço, não pode ser revista sem o necessário revolvimento fático-probatório, inviável nesta sede, angusta por excelência. Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. REGIME INICIAL MENOS GRAVOSO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. 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 n. 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Ministra 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 n. 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Ministra 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.

III - Na espécie, o v. acórdão atacado afastou a redução de pena do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, afirmando, expressamente, que o paciente se dedica a atividade criminosa. Para se infirmar tal assertiva, seria necessário o revolvimento probatório, o que não é possível na via cognitiva do habeas corpus (Precedentes).

IV - Revela-se adequado na hipótese, consoante o disposto no art.

33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, a imposição do regime inicial fechado ao paciente, condenado a pena superior a 4 (quatro) anos, ostentando condições judiciais desfavoráveis reconhecidas na primeira fase da dosimetria da pena. Impossibilidade, portanto, de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos (Precedentes).

Habeas Corpus não conhecido.

(HC 305.713/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/12/2014, DJe 19/12/2014)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CONCESSÃO 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(a) acusado(a), que este(a) não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.

2. Não há constrangimento ilegal no ponto em que, fundamentadamente, foi negada à paciente a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, tendo em vista que foram apontados elementos concretos que indicaram a dedicação da acusada a atividades criminosas. As instâncias ordinárias mencionaram a variedade e a grande quantidade de drogas apreendidas, a existência de fortes indícios de ligação da acusada com o grupo criminoso conhecido como o Primeiro Comando da Capital (PCC), a apreensão de diversos elementos diretamente relacionados ao tráfico de drogas, a ausência de comprovação de exercício de atividade lícita.

3. Para se afastar a conclusão de que a paciente não se dedicava a atividades criminosas, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência essa que, como cediço, é vedada na via estreita do habeas corpus.

4. Reconhecida a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da reprimenda imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto (como, por exemplo, a quantidade e a natureza de drogas apreendidas), para que, então, seja escolhido o regime carcerário que, à luz do disposto no art. 33 e parágrafos do Código Penal, se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

5. No caso, o juiz sentenciante determinou a imposição do regime inicial fechado, sem apontar nenhum elemento concreto dos autos que, efetivamente, evidenciasse a necessidade de fixação do modo inicialmente mais gravoso de execução.

6. Transitada em julgado a condenação, cabe ao Juízo das Execuções Criminais avaliar o caso em exame, aferindo a eventual possibilidade de, com base nas particularidades do caso concreto, fixar à acusada regime inicial mais brando de cumprimento de pena.

7. Mostra-se inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, haja vista que a paciente foi condenada à pena de 5 anos de reclusão, superior, portanto, ao limite objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal.

8. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, apenas para afastar a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado e determinar que o Juízo das Execuções Criminais proceda à análise do caso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concreto, aferindo a eventual possibilidade de fixar à paciente regime inicial mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal, sob pena de este Superior Tribunal, fazendo-o diretamente, incidir na indevida supressão de instância.

(HC 277.140/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 11/12/2014)

No que tange à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, 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 da paciente foi fixada em 5 anos de reclusão, ultrapassando, portanto, o limite legal para incidência da benesse nos crimes dolosos. Assim, de acordo com a disciplina do instituto da pena restritiva de direitos, tem-se que não é possível o atendimento da pretensão deduzida no presente *writ*. Nesta senda:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. (...) SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. INVIABILIDADE. PENA IMPOSTA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. (...) HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

- Mantida condenação em 5 (cinco) anos de reclusão, não há como acolher do pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, uma vez que ausentes os requisitos do art. 44, I, do Código Penal.

(...)

(HC 253.002/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 16/10/2014, DJe 03/11/2014)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS EVIDENCIADA. REGIME MAIS BRANDO. POSSIBILIDADE EM TESE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

(...)

5. Mostra-se inviável proceder-se à substituição da pena privativa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade por restritiva de direitos, pois o paciente foi condenado a reprimenda superior a 4 anos, fora, portanto, do limite objetivo previsto no inciso I do artigo 44 do Código Penal.

6. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, apenas para que o Juízo das Execuções proceda à análise do caso concreto, aferindo a eventual possibilidade de fixar ao paciente regime inicial mais brando de cumprimento de pena, à luz do artigo 33 do Código Penal.

(HC 297.406/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/10/2014, DJe 03/11/2014)

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, colhe-se da sentença condenatória, no que interessa:

O regime de cumprimento de pena privativa de liberdade, em se tratando de crime equiparado a hediondo, deve ser o fechado, conforme dispõe o artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com redação determinada pela Lei nº 11.464/07.

(...)

Deve ser ressaltado, ainda que, no caso específico dos autos, as circunstâncias fáticas do caso indicam como necessária a imposição do regime mais gravoso para cumprimento da pena, haja vista que a ré praticava o comércio ilegal de cocaína, na forma de "crack", cuja nocividade à saúde é fato certo e determinado, tanto pela ciência médica como pelo operador do direito, dada as consequências funestas no comportamento humano, além de fomentar de forma incisiva a prática de inúmeros outros delitos (fls. 53/56).

O Tribunal *a quo*, por sua vez, assim se manifestou sobre o tema:

O regime inicial fechado para o cumprimento da pena foi corretamente fixado, pois a gravidade do crime assim o recomenda, sendo comparado a crime hediondo, o que enseja a aplicação, inicialmente, de um regime mais severo, mostrando à sociedade a eficaz repressão a esse tipo de delito.

Não é só. Quem envereda para a prática desse tipo de criminalidade, indisfarçavelmente tem personalidade deturpada, causadora de risco à ordem pública (fl. 27).

Mister destacar que o art. 33 do Código Penal determina que:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

(...)

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime semi-aberto;

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

(...)

O art. 59 do Código Penal, por sua vez, dispõe que:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

(...)

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

(...)

Na hipótese vertente, verifica-se que as instâncias de origem não lograram motivar de maneira idônea a imposição do regime inicial fechado, porquanto não declinaram fundamentos suficientes para justificar fixação do regime mais gravoso, em manifesto desrespeito ao princípio da individualização da pena e às normas do Código Penal que regem a aplicação do regime inicial de cumprimento de pena - art. 33 e parágrafos e art. 59.

Com efeito, verifica-se que a pena-base foi fixada no mínimo legal, ante a ausência de motivos para a sua exasperação.

Ora, causa espécie fixar-se a pena-base no mínimo legal e, posteriormente, deixar-se de estabelecer o regime inicial menos gravoso aplicável ao caso, conforme o disposto no artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Dessarte, verifica-se a patente ausência de fundamentação para a eleição do regime inicial fechado.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 93, inciso IX, estabelece que "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)".

Nesse diapasão, é manso e pacífico na doutrina e jurisprudência pátrias que, no processo de fixação do regime de cumprimento de pena, é imprescindível, após a minuciosa análise dos fatos da causa, a adequada e pormenorizada fundamentação, com base em dados concretos, sendo ilegal o *decisum* que deixa de motivar o regime imposto, com evidente prejuízo para o réu, como ocorreu no caso *sub judice*.

Dessarte, tendo em vista que as instâncias ordinárias deixaram de demonstrar, com arrimo em elementos concretos constantes dos autos, que o regime imposto seria necessário e suficiente à prevenção e repressão dos delitos praticados pela paciente, a não individualização da pena, *per se*, eiva a condenação de flagrante ilegalidade. Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. 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 INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MANIFESTA ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. 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 o paciente fazia da narcotraficância seu meio de vida, 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 e 10 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

5. O Tribunal de origem sequer analisou a possibilidade de abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena, o que impediria a análise da matéria por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância. Verifica-se, entretanto, manifesta ilegalidade a ensejar a concessão da ordem, de ofício, haja vista que o Juízo de primeiro grau não logrou fundamentar de maneira idônea a imposição do regime inicial fechado, porquanto não apreciou o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelos arts. 33 e parágrafos, do Código Penal.

6. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso sub judice, uma vez que as instâncias de origem não procederam à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelos arts. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

7. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 236.751/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 07/11/2013, DJe 20/11/2013)

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. REGIME INICIAL SEMIABERTO ESTABELECIDO. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. INOBSERVÂNCIA DO PRECEITO CONTIDO NO ART. 93, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, §§ 2.º E 3.º DO CÓDIGO PENAL E ART. 387, § 2.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N.º 440 DESTES TRIBUNAL SUPERIOR E DAS SÚMULAS N.º 718 E 719 DA SUPREMA CORTE. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Hipótese em que a Paciente foi condenada, em primeira instância, à pena de 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, como incursa no art. 33, caput, e no art. 40, inciso VI, ambos da Lei n.º 11.343/2006, porque trazia consigo 120 gramas de "maconha", 26,6 gramas de "cocaína" e 44 pedras de crack, sendo que a apelação defensiva foi parcialmente provida, apenas para fixar o regime inicial semiaberto.

2. No tocante à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, o Plenário da Suprema Corte, nos autos do HC 97.256/RS, julgou inconstitucional a vedação contida no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

3. Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em exame, não se mostra socialmente recomendável a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, considerando, sobretudo, a quantidade e a variedade das substâncias entorpecentes apreendidas.

4. No caso, o Tribunal Impetrado não apresentou fundamentos suficientes para justificar o estabelecimento do regime inicial semiaberto, violando o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República. Isso porque fixou o regime prisional com base apenas na quantidade de pena já cumprida pela Paciente, olvidando-se dos demais requisitos legais.

5. Consoante reiterada jurisprudência desta Corte Superior, deve-se utilizar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33 c.c. o art. 59, ambos do Código Penal, bem como o entendimento firmado na Súmula n.º 440 deste Superior Tribunal de Justiça e nas Súmulas n.º 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

Precedentes.

6. Na hipótese, considerando a pena aplicada à Paciente e o tempo que permaneceu custodiada - quase 6 (seis) meses -, bem como sua primariedade e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, mostra-se cabível a fixação do regime inicial aberto, a teor do disposto no art. 33, § 2.º, alínea c, e § 3.º do Código Penal e do preceituado no art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

387, § 2.º, do Código de Processo Penal.

7. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para, reformando o acórdão impugnado, fixar o regime inicial aberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta à Paciente, mediante condições a serem estabelecidas pelo Juízo da Execução Penal.

(HC 265.367/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 05/11/2013, DJe 19/11/2013)

Com efeito, fixada a pena-base no mínimo legal e, sendo a reprimenda final da paciente igual a 5 anos de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea *b*, do Código Penal.

Ante do exposto, **não conheço do writ**, mas **concedo a ordem, de ofício**, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda corporal imposta à paciente nos autos da Ação Penal n.º 0000083-26.2015.8.26.0637.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0270108-5

HC 374.719 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00000832620158260637 20160000576422 352015 832620158260637

EM MESA

JULGADO: 06/12/2016

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: ANA CAROLINA CARNEIRO BARDE BEZERRA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ROSELI DA PAZ (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

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

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.