



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 342.771 - SP (2015/0301243-2)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GUILHERME DINIZ BARBOSA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WILLIAM MARCOS BAIA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. *QUANTUM* DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. QUANTIDADE DA DROGA. REGIME FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. O estabelecimento do redutor na fração de 1/3 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, dada a quantidade da droga apreendida - 37 invólucros de plástico contendo quase 12 g de cocaína - a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. O *quantum* de redução aplicado fica indene ao crivo do *habeas corpus*, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

2. O Colegiado estadual não logrou motivar de maneira idônea a imposição do regime inicial fechado e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, deixando de apreciar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelos arts. 33 e parágrafos, e do art. 44 e incisos, do Código Penal, em patente inobservância ao princípio da individualização da pena e ao art. 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime inicial aberto, bem como possibilitar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, 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 Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 02 de fevereiro de 2016(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 342.771 - SP (2015/0301243-2)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GUILHERME DINIZ BARBOSA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WILLIAM MARCOS BAIA (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de WILLIAM MARCOS BAIA, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 0053740-29.2014.8.26.0050).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime fechado, além do pagamento de 166 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, *verbis* (fls. 15-17):

Fundamentada a condenação, passo a dosar a pena.

No que diz respeito à consideração das circunstâncias judiciais, tal qual previsão do art. 59 do Código Penal, em primeira fase de fixação da sanção, fixo a pena em 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

Em segunda fase de estabelecimento de sanção nada se verifica a alterar a pena-base. A pena não pode ficar aquém do mínimo nesta fase de sua dosagem.

Em terceira fase, entretanto, deve ser levada em consideração a causa especial de diminuição de pena prevista pelo §4º do art. 33 da Lei de Tóxicos, causa esta que, uma vez verificados seus requisitos, deve ser aplicada, ainda que de ofício. Como consequência, a pena passa para o patamar de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa.

A pretensão da defesa de ter a pena privativa de liberdade substituída por sanção restritiva de direito não merece acolhida, pois essa última é instrumento destinado a evitar a retirada do convívio social de condenados por delitos de menor potencial ofensivo, situação bem diversa da hipótese vertente, que trata de crime classificado como hediondo, cuja prática revela toda a temibilidade do agente, a impor resguardo da sociedade com o efetivo desconto da sanção carcerária, revelando, assim, ser a substituição de todo incompatível com os propósitos traçados pela legislação especial.

Fixo, por fim, o regime fechado para início do cumprimento da pena, consoante regra do art. 2º, §1º da Lei 8072/90, conforme redação que lhe foi atribuída pela Lei 11.464/07, redação esta que afastou o vício de inconstitucionalidade que maculava o texto original da lei. E outro não pode o regime que não o inicial fechado. Inclusive já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça que "a quantificação da pena-base no mínimo legal não impõe necessariamente o regime prisional mais brando, apesar da identidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de critérios legais de aplicação daquela e fixação deste (CP, arts 33,§2º, 59 e 68). A gravidade do crime e a periculosidade do agente são circunstâncias aptas a realizar a preterição de um regime mais brando (semiaberto) para o mais rigoroso (fechado) (STJ-RHC 9293/SP, 6ª Turma, rel Min Fernando Gonçalves). E, neste tocante, devem ser consideradas as conseqüências nefastas do crime, que desmantela famílias inteiras, a começar pela do próprio acusado, que é usuário de maconha desde os 13 anos de idade e de cocaína, desde os 15 anos, tudo indicando que faz da prática do tráfico o sustento do seu odioso vício.

À minguia de outros elementos que autorizem a "progressão imediata" de regime de cumprimento da pena, a despeito de considerar o tempo que o réu se encontra detido, mantenho-o no regime inicial fechado, nos termos da nova redação do artigo 387, §2º, do CPP. Isto porque não basta apenas o requisito objetivo da pena, mas também os subjetivos e, à minguia destes, mantenho o regime inicial aplicado.

Postos tais argumentos, julgo procedente a presente ação penal para condenar o réu WILLIAM MARCOS BAIA à pena de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 166 dias-multa, estes em valor mínimo, por estarem incursos no delito tipificado pelo art. 33, "caput", da Lei 11.343/06.

Preso durante o processo e, somando-se ao acima decidido, com maior razão deve o réu permanecer recolhido após a prolação de sentença condenatória, pois o contrário significaria inviabilizar a execução da pena já imposta. Some-se que sem ocupação lícita e usuário de entorpecente desde os treze anos de idade, certamente que faz da prática da odiosa traficância, o sustento do seu vício, com o que não pode concordar este juízo. **NEGO-LHE O RECURSO EM LIBERDADE. RECOMENDE-SE.** Oportunamente, expeça-se guia de execução provisória da pena.

Irresignados, a Defesa e o Ministério Público interpuseram recurso de apelação. O Tribunal *a quo* negou provimento ao apelo defensivo e deu provimento ao recurso ministerial para fixar a pena do paciente em 3 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 333 dias-multa, em acórdão assim fundamentado, no que interessa (fls. 26-29):

(...)

Sendo assim, comprovado e configurado o delito, o edito condenatório era mesmo de rigor.

No que tange às penas cominadas ao Réu, estas se encontram motivadas e individualizadas, porém necessitam de reparo, conforme será exposto, em razão do provimento ao recurso ministerial.

Na primeira fase da dosimetria da pena, considerando o disposto nos artigos 59 do Código Penal e 42 da Lei de Drogas, a pena base foi fixada no mínimo legal de 05 (cinco) anos de reclusão, e o pagamento de 500 (quinhentos) dias multa, o que se mantém.

Após, se verifica a atenuante pela menoridade relativa do acusado à época dos fatos, porém, em razão da Súmula 231 do STJ, a circunstância atenuante não pode reduzir a pena abaixo do mínimo legal, razão pela qual se deixa de aplicar a diminuição requerida no apelo defensivo.

Em sequência, o acusado faz jus ao benefício previsto no §4º do artigo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

33 da Lei 11.343/06, em razão de seus bons antecedentes e de sua primariedade, porém, pela significativa quantidade de droga apreendida (aproximadamente 12g de cocaína), que atingiria um número elevado de pessoas, a pena deve ser reduzida em 1/3 (um terço), totalizando 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e o pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias multa, fixada no mínimo legal.

Impossível é a substituição da pena corporal por restritivas de direito. Mesmo com o conhecimento da alteração no §4º do artigo 33, da Lei 11.343/06, pela Resolução nº 5 de 2012, que suspendeu a eficácia da proibição expressa que trazia esta norma quanto à conversão em pena restritiva de direito, este benefício não merece ser aplicado, visto não ser medida suficiente e adequada. Os efeitos nocivos do crime de tráfico de drogas, que acarretam profundas feridas na sociedade atual, revelam a postura indiferente adotada pelo agente com relação à saúde pública, o bem estar social, e as nefastas consequências de seus atos. O que vai de encontro com o requisito previsto pelo inciso III, do artigo 44, do Código Penal, qual seja. "os motivos e circunstâncias do crime indicarem que essa substituição seja suficiente".

(...)

Por fim, é incogitável a alteração do regime inicial imposto, qual seja o fechado, pelos mesmos motivos acima expostos. Consigne-se que a concessão de regime inicial diverso desvitaliza a eficácia intimidante da pena, incentivando a prática do tráfico. A prevalecer o entendimento segundo o qual o regime prisional é corolário imperativo do quantum da pena, seria obrigatório, em linha de coerência, premiar o autor com o regime mais brando, medida imprópria, inconveniente e inadequada para um crime tão grave.

E mais, conforme o disposto no §3º do artigo 33 do Código Penal, a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no artigo 59 do mesmo Código. Ademais, verifica-se, claramente, que a pena aplicada não é único parâmetro da ser utilizado na fixação do regime, sendo que o próprio texto legal afirma que o condenado a pena superior a quatro anos e inferior a oito anos, não reincidente, poderá (grifo meu), desde o princípio, cumprir a pena em regime semiaberto.

Desta feita, as circunstâncias do delito e a gravidade do crime cometido, justificam o regime inicial fechado, sendo que outro não seria suficiente.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao apelo da Defesa e **DOU PROVIMENTO** ao apelo ministerial para fixar as penas de William Marcos Baia em 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias multa, no piso, mantendo-se, no mais, a r. sentença recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

No presente *mandamus*, o impetrante sustenta que "a natureza e a quantidade de entorpecentes não podem ser reflexo em outras etapas da aplicação da pena, por absoluta falta de previsão legal".

Defende que "deve o julgador valer-se de outros critérios para a definição do patamar de diminuição pela aplicação do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, que não aqueles



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indicados para outras etapas da fixação da pena".

Registra que "ainda que rejeitados os argumentos acima expostos, a redução do patamar de incidência da causa de diminuição de pena não se justifica no caso em tela, em que foram apreendidos 11,9 gramas de cocaína" e afirma que "não por outra razão, em observância aos parâmetros dos artigos 42 da Lei de Drogas e 59 do Código Penal, fixou a pena-base no mínimo legal".

Alega que, "ao estabelecer o regime fechado, o Tribunal *a quo* amparou-se tão somente na (suposta) gravidade em abstrato do crime de tráfico de drogas, incorrendo em flagrante violação ao artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição da República, que estabelece o princípio da individualização da pena".

Argumenta que "a decisão combatida contrariou lei federal (artigos 33, §2º, e 59, ambos do Código Penal) ao fixar o regime inicial fechado para o cumprimento de pena, na medida em que a pena aplicada admite o cumprimento no regime aberto e que o paciente é primário.

Destaca que "a pequena quantidade de droga apreendida (11,9 gramas de cocaína) não justifica o agravamento do regime prisional.

Enfatiza, ainda, que o paciente preenche todos os requisitos para fazer jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Requer, liminarmente, seja fixado o regime aberto como inicial de cumprimento de pena. No mérito, busca a aplicação do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em seu patamar máximo (dois terços), bem como a fixação do regime prisional aberto e, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida às fls. 39/43.

Foram prestadas informações às fls. 53/76 e 77/119.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Roberto Luís Oppermann Thomé, pelo não conhecimento do *writ*, mas pela concessão da ordem, de ofício, a fim de fixar o regime aberto e substituir a pena restritiva de liberdade por restritivas de direitos (fls. 122/129).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 342.771 - SP (2015/0301243-2)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. *QUANTUM* DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. QUANTIDADE DA DROGA. REGIME FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. O estabelecimento do redutor na fração de 1/3 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, dada a quantidade da droga apreendida - 37 invólucros de plástico contendo quase 12 g de cocaína - a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. O *quantum* de redução aplicado fica indene ao crivo do *habeas corpus*, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

2. O Colegiado estadual não logrou motivar de maneira idônea a imposição do regime inicial fechado e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, deixando de apreciar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelos arts. 33 e parágrafos, e do art. 44 e incisos, do Código Penal, em patente inobservância ao princípio da individualização da pena e ao art. 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime inicial aberto, bem como possibilitar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções.

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.

Quanto ao patamar de diminuição, na terceira fase da dosimetria, não há nada a retificar no acórdão atacado, porquanto o estabelecimento do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, em 1/3 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, dada a quantidade da droga apreendida - 37 invólucros de plástico contendo quase 12 g de cocaína (fl. 12) - porção esta que, embora não seja muito expressiva, não pode ser considerada ínfima, a ponto de ensejar a incidência da referida benesse em patamar máximo.

Com efeito, é este o espírito da Lei Antidrogas, que dispõe:

Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

Dessarte, diante da quantidade da droga encontrada em poder do paciente, não há falar em ilegalidade na aplicação do referido redutor em apenas 1/3. Ademais, fixar outro montante de redução demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com a via angusta do *habeas corpus*:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. NATUREZA DA DROGA. FIXADO O REGIME INICIAL FECHADO E NEGADA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. O estabelecimento do redutor na fração de 1/3 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, dada a natureza da droga apreendida - 18 papелotes de crack - a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. O quantum de redução aplicado fica indene ao crivo do habeas corpus, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

(...)

5. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de que, afastados a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas e o fundamento referente à gravidade in abstracto do delito, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

(HC 315.705/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 31/03/2015)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA REDUZIDA NO MÍNIMO LEGAL (§ 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006) COM BASE NA QUANTIDADE, DIVERSIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE. ALTERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO (STF, HC 111.840). SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio, ressaltando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

- O Tribunal a quo aplicou a causa de diminuição de pena (§ 4º do art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

33 da Lei 11.343/2006) no patamar de 1/6 (um sexto), levando-se em conta a natureza, diversidade e quantidade de droga apreendida – 4 invólucros de maconha, pesando 13,3g (treze virgula três gramas), 26 de cocaína, pesando 21g (vinte e um gramas) e 35 de crack, pesando 9g.

- O acórdão está de acordo com o entendimento desta Corte de que o juiz, na aplicação da causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, deve levar em consideração a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006. Precedentes: AgRg no HC 247.019/ES, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5ª T., DJe 25.3.2013; HC 221.761/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T. DJe 14/06/2013).

- Estando devidamente fundamentado o quantum de redução da pena, é inviável, em sede de habeas corpus, a sua alteração, tendo em vista a necessidade de revolvimento de fatos e provas. Precedente: HC 173.511/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 22.2.2012.

- Fixado o regime inicial fechado com base no § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, posteriormente declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (HC 111.840/ES, julgado em 27/6/2012), cabe ao Juízo da Execução, tendo em vista o trânsito em julgado da condenação, reavaliar os elementos concretos dos autos, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, para verificar qual o regime inicial adequado para o paciente. Precedentes: AgRg no HC 257.178/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, 6ª Turma, DJe 23.9.2013; HC 226.064/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, DJe 24.4.2013.

- Mantida a pena privativa de liberdade acima de 4 (quatro) anos, não há falar em substituição por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para que o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de eventual modificação do regime inicial de cumprimento da pena.

(HC 259.490/RJ, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 18/06/2014)

Da Suprema Corte, colho o seguinte julgado:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. (...). TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006). DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PENA REDUZIDA EM 1/3 (UM TERÇO) EM DECISÃO FUNDAMENTADA NA PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL DO PACIENTE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER NA DOSIMETRIA DA PENA. ORDEM DENEGADA.

1. O habeas corpus, ação autônoma de impugnação, não é admissível como substitutivo do recurso próprio, in casu, o RHC, tampouco para aferir a exatidão da dosimetria da pena.

2. A causa especial de diminuição de pena de que trata o § 4º do artigo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

33 da Lei n. 11.343/2006 pode ser aplicada em apenas 1/3 (um terço), num intervalo de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), com fundamento na personalidade e conduta social do paciente, que é critério preponderante fixado na lei, revelando a justeza da sanção no caso concreto. Precedentes: HC 98.900, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 30/11/2010 e HC 94.559, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 04/11/2010).

3. In casu, o paciente foi condenado à pena-base no mínimo legal, aplicada a causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 em 1/3 (um terço), em razão do envolvimento anterior do paciente com entorpecentes e com pessoas que lidam com o comércio de drogas.

4. Deveras, eventual redimensionamento da pena com base na prova dos autos implicaria revolvimento do contexto fático-probatório, inviável em sede de writ.

(HC 100.800/RJ, Relator Ministro Luiz Fux, DJe de 13.9.2011)

No mais, 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 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;

(...)

A título ilustrativo, cumpre transcrever, ainda, o que preconiza o art. 44 do Código Penal:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

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 culposo; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

II - o réu não for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

Na hipótese vertente, verifica-se que o Colegiado estadual não logrou motivar de maneira idônea a imposição do regime inicial fechado e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, 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 - e o instituto da substituição da pena - art. 44 e incisos do Código Penal.

Com efeito, a Corte de origem, ao analisar os referidos temas, limitou-se a destacar a gravidade abstrata do delito de tráfico. Dessarte, verifica-se a ausência de fundamentação idônea para a eleição do regime inicial fechado e para a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Assim, tendo em vista que o Tribunal *a quo* deixou de demonstrar, com arrimo em elementos concretos constantes dos autos, que o regime imposto seria o necessário e que a substituição da pena corporal por medidas alternativas não seria suficiente à prevenção e repressão do delito praticado pelo paciente, a não individualização da pena, *per se*, eiva o acórdão guerreado de flagrante ilegalidade.

Nesse sentido, já fixei:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PRIMARIEDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, inviável o seu conhecimento.

2. Hipótese em que as instâncias de origem não lograram motivar de maneira idônea o estabelecimento do regime inicial fechado, porquanto não declinaram fundamentos suficientes a justificar a eleição do regime mais gravoso, deixando de apreciar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelos arts. 33 e parágrafos, do Código Penal, em patente inobservância ao princípio da individualização da pena e ao art. 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988. Para a imposição de regime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inicial de cumprimento de pena mais severo que o fixado em lei é necessária motivação idônea. Inteligência das súmulas n.º 718 e n.º 719 do Supremo Tribunal Federal e n.º 440 deste Superior Tribunal de Justiça.

3. A substituição da pena foi negada com base na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento nos tribunais superiores.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime aberto para o início do cumprimento da reprimenda imposta ao paciente, bem como possibilitar a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções.

(HC 315.110/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 07/04/2015, DJe 13/04/2015)

Com efeito, fixada a pena-base no mínimo legal, ante a ausência de motivos para a sua exasperação, sendo a reprimenda final inferior a 4 anos de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a teor do disposto no art. 33, § 2º, c, e 44 e incisos, ambos do Código Penal.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas **concedo a ordem de ofício** para fixar o regime inicial aberto, bem como possibilitar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0301243-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 342.771 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00537402920148260050 11942014 20150000715476 537402920148260050

EM MESA

JULGADO: 02/02/2016

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. CARLOS FREDERICO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GUILHERME DINIZ BARBOSA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WILLIAM MARCOS BAIA (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 do habeas corpus, 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 Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.