



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 284.639 - SP (2013/0408025-7)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GETÚLIO SOUZA SERRA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. **1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA EM SEU GRAU MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS APREENDIDAS. 3. MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. ADEQUAÇÃO DO REGIME FECHADO. 4. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. 5. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir **habeas corpus** que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial, no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente – a ser sanado mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício –, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. Caso em que o Tribunal de origem aplicou a fração de redução da pena na razão de 1/2 (um meio), levando em conta a quantidade de droga apreendida – 166 (cento e sessenta e seis) papérolas de maconha, 64 (sessenta e quatro) supositórios contendo cocaína e 26 (vinte e seis) pedras de 'crack' – circunstância que, à luz do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, justifica a aplicação do benefício inserido no art. 33, § 4º, do citado diploma legal, em patamar diverso do máximo de 2/3 (dois terços).

3. Na espécie, consoante preceituam os arts. 33, § 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, mesmo sendo a pena aplicada inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, qual seja, 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, considerando a diversidade e a natureza das drogas apreendidas, além das circunstâncias concretas em que o delito foi praticado – em uma via pública, à luz do dia, demonstrando que o paciente não tinha temor de uma ação policial –, não se vislumbra a possibilidade de cumprimento de pena em regime diverso do fechado.

4. Os mesmos motivos que justificaram o estabelecimento do regime inicial mais rigoroso recomendam a não aplicação do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

5. Habeas corpus não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de março de 2014 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 284.639 - SP (2013/0408025-7)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Getúlio Souza Serra, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante e condenado pelo Juízo da 6ª Vara Criminal Central da Comarca de São Paulo, pela prática da conduta descrita no art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, no regime inicial fechado, vedado o direito de recorrer em liberdade, bem como ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, porque (fl. 23):

[...] no dia 07 de abril de 2012, por volta das 14 horas, no interior da 'Favela do Buraco Quente', à Rua Estevão Baião, 248, Jardim Aeroporto, nesta capital, portava, para fornecer a terceiros, sem autorização legal, 166 (cento e sessenta e seis) papérolas contendo 'Cannabis sativa L' e 64 (sessenta e quatro) supositórios contendo cocaína e 26 (vinte e seis) pedras de 'crack'.

A defesa recorreu da sentença alegando, em preliminar, nulidade do processo a partir da audiência de instrução por suposta violação ao sistema acusatório. No mérito, postulou a absolvição do réu por insuficiência de provas; alternativamente, pleiteou a desclassificação do crime para o tipo penal previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 ou a redução máxima da pena pela aplicação da causa especial inserta no art. 33 do mesmo diploma legal, bem como o estabelecimento do regime aberto para o cumprimento da reprimenda.

O Tribunal de origem deu parcial provimento ao apelo defensivo para reduzir a pena imposta a 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, mantida, no mais, a sentença condenatória.

O impetrante alega, no presente **habeas corpus**, que o paciente faz jus à redução da pena no grau máximo previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Sustenta que "não houve fundamentação concreta, tampouco se explicitou as razões para considerar expressiva a quantidade que, a rigor, não se apresenta de monta considerável a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

taxar o ora paciente de grande traficante", notadamente porque é primário e não há nos autos qualquer dado a indicar que integre organização criminosa (fl. 8).

Assevera que o paciente tem direito a iniciar o cumprimento da pena em regime diverso do fechado, consoante dispõe o enunciado n. 440 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, pois a pena-base foi estabelecida no piso legal, porquanto todas as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis.

Diante disso, pede, liminarmente, seja deferido o regime aberto para o término de cumprimento da pena. No mérito, busca a redução da reprimenda pela aplicação da fração máxima prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, a confirmação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 53/55.

Dispensadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do **habeas corpus** ou pela denegação da ordem (fls.. 65/71)

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 284.639 - SP (2013/0408025-7)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

Consolidou-se, por meio de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a tendência de se atenuar as hipóteses de cabimento do **mandamus**, destacando-se que o **habeas corpus** é remédio constitucional voltado ao combate de constrangimento ilegal específico de ato ou decisão que afete, potencial ou efetivamente, direito líquido e certo do cidadão, com reflexo direto em sua liberdade. Assim, não se presta à correção de decisão sujeita a recurso próprio, previsto no sistema processual penal, não sendo, pois, substituto de recursos ordinários, especial ou extraordinário. A mudança jurisprudencial firmou-se a partir dos seguintes julgamentos: **Habeas Corpus** n. 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio; **Habeas Corpus** n. 104.045/RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber; **Habeas Corpus** n. 114.550/AC, Relator o Ministro Luiz Fux; e **Habeas Corpus** n. 114.924/RJ, Relator o Ministro Dias Toffoli.

Entendo que boa razão têm os Ministros do Supremo Tribunal Federal quando restringem o cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. É que as vias recursais ordinárias passaram a ser atravessadas por incontáveis possibilidades de dedução de insurgências pela impetração do **writ**, cujas origens me parece terem sido esquecidas, sobrecarregando os tribunais, desvirtuando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal. Calhou bem a mudança da orientação jurisprudencial, tanto que eu, de igual modo, dela passo a me valer com o objetivo de viabilizar o exercício pleno, pelo Superior Tribunal de Justiça, da nobre função de uniformizar a interpretação da legislação federal brasileira.

No entanto, apesar de não se ter utilizado, na espécie, do recurso previsto na legislação ordinária para a impugnação da decisão, em homenagem à garantia constitucional constante do art. 5º, inciso LXVIII, passo a analisar as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente – a ser sanado mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício –, evitando-se, desse modo,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

Inicialmente, analiso o pleito de redução da reprimenda pela aplicação da fração máxima prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Com efeito, a redação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, não deixa dúvidas quanto à necessidade do preenchimento de quatro requisitos, cumulativos, para a aplicação da causa de diminuição, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organização criminosa.

A título de exemplo, destaco o seguinte precedente:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS NÃO APLICADA NA RAZÃO MÁXIMA. REDUÇÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS APREENDIDAS. [...].

1. O art. 42, da Lei n.º 11.343/06, é expresso no sentido de que "o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto" (grifei). Esse critério, por certo, deve ser empregado tanto para a fixação da pena-base quanto para a aplicação, ou não, da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º, do art. 33, da nova Lei de Drogas de modo adequado.

2. São fatores para que o traficante faça jus à aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Esses requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente e à luz, ainda, do art. 42, da mesma Lei.

[...].

(HC n. 225.801/SP, Relatora a Ministra **Laurita Vaz**, DJe 19/11/2013)

Assim, a escolha da fração redutora de pena fica a cargo e critério do julgador, que deverá fundamentar sua decisão, sob pena de se conferir ao réu o direito de ver a pena diminuída no grau máximo. No entanto, a ausência de fundamentação equivale à inexistência de motivos para impedir que o réu faça jus ao benefício em toda a sua extensão.

Nesse sentido:

A - HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONHECIMENTO. CONCESSÃO 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 revisão criminal.

2. Em regra é vedada a revisão da dosimetria em **habeas corpus**, somente cabível quando há flagrante ilegalidade, como na hipótese, em que aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, sem qualquer fundamentação, mas, pura e simplesmente, com definição do percentual de 1/6. A existência de uma graduação (de 1/6 a 2/3) reclama decisão fundamentada com base nos elementos do caso concreto. Na espécie, ante a ausência de fundamentação idônea para a redução apenas em 1/6, é cabível a aplicação da causa especial de diminuição da pena no patamar de 2/3 (dois terços), sendo imperioso o redimensionamento da pena para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão.

3. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, na razão de 2/3 (dois terços), e fixar a reprimenda definitiva em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, além do pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, possibilitando-se a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções.

(HC n. 238.996/SP, Relatora a Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe 28/11/2013)

B - AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. FIXAÇÃO DO REDUTOR DE PENA NO PATAMAR DE METADE. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. COAÇÃO ILEGAL. CRIME PRATICADO DURANTE A VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.464/07. APLICAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. PENA DE CURTA DURAÇÃO. AMBIENTE DELETÉRIO E PREJUDICIAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Esta Corte Superior de Justiça já decidiu que, para a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em patamar inferior ao máximo previsto, de dois terços, imprescindível a adequada fundamentação, a teor do disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

2. O cumprimento de pena de curta duração em ambiente deletério é prejudicial à recuperação do condenado. No caso, o paciente ostenta circunstâncias judiciais favoráveis, tendo sido condenado a dois anos e seis meses de reclusão, assim, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, do Código Penal, deve ser o semiaberto.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC nº 119.230/SP, Relator o Desembargador Convocado **Celso Limongi**, DJe de 4/4/2011)

No presente caso, o Tribunal impetrado reconheceu que o paciente fazia jus ao benefício inserto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, e reduziu a pena na razão de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1/2 (um meio) (fl. 144):

A causa de redução prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 não foi concedida. Argumentou-se que a quantidade e variedade dos entorpecentes apreendidos fazem supor que não se trata de pequeno traficante. Ademais a admissão informação de que trabalhava para o tráfico de entorpecentes configura a dedicação a atividades criminosas, o que impede a incidência do benefício.

De fato, a quantidade de entorpecente apreendida não pequena. No entanto, ao mesmo tempo, não se mostra vultosa, de modo a configurá-lo um traficante de peso. De outro lado, a suposta confissão informal não traz outros dados que permitam concluir pela dedicação a atividades criminosas. Ainda que houvesse turno estipulando o rendimento fixado por dia de trabalho, é impossível que fosse a primeira vez que estivesse a comercializar a substância entorpecente. Assim, em razão da quantidade e variedade do entorpecente apreendido, a pena é reduzida em metade, totalizando 02 anos e 06 meses de reclusão e 250 dias-multa, piso.

Como se vê, o Tribunal de origem aplicou a fração de redução da pena na fração de 1/2 (um meio), levando em conta a quantidade de droga apreendida – 166 (cento e sessenta e seis) papérolas de maconha, 64 (sessenta e quatro) supositórios contendo cocaína e 26 (vinte e seis) pedras de 'crack' – circunstâncias que, à luz do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, justificam a aplicação do benefício inserido no art. 33, § 4º, do citado diploma legal, em patamar diverso do máximo de 2/3 (dois terços).

Dessa forma, estando suficientemente fundamentada a fração de diminuição da pena, inexistente flagrante ilegalidade ou teratologia a ser sanada na via excepcional do **habeas corpus**, notadamente nos casos em que se busca a mera substituição do juízo subjetivo externado em decisão fundamentada, dentro dos parâmetros cominados pela lei.

Ao ensejo:

A - HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. [...].

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 revisão criminal.

2. O estabelecimento do redutor na fração de 2/6 não se mostrou, de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

modo flagrante, desarrazoado, dada a quantidade e a natureza da droga apreendida - 54 pedras 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.

[...]

(HC n. 230.307/ES, Relatora a Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe 17/02/2014)

B - HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO **QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELO JUÍZO SENTENCIANTE, NO PATAMAR DE 1/6 (UM SEXTO). [...]**

3. Na espécie, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a natureza e a quantidade da substância apreendida - 2.138 gramas de cocaína - justificam a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3, observando-se a proporcionalidade necessária e suficiente para reprovação do crime.

4. Não havendo ilegalidade patente no **quantum** de redução pela minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, é vedado, na estreita via do habeas corpus, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória.

[...]

(HC n. 203507/SP, Relatora a Ministra **Laurita Vaz**, DJe 05/09/2012)

O impetrante pugna, ainda, pela modificação do regime inicial de cumprimento da pena ao argumento de que teria contrariado o disposto no enunciado n. 440 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Sobre esse tema, cumpre ressaltar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27 de junho de 2012, ao julgar o **Habeas Corpus** n. 111.840/ES, por maioria de votos, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os crimes hediondos e equiparados.

Confira-se, a propósito, a ementa do julgado:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 nº 11.464/07, o qual determina que 'a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado'. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito **ex nunc**, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado.

Nesse julgamento, lembrou o Relator, Ministro Dias Toffoli, que, "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 fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado". Destacou, outrossim, "que 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".

Logo, independente de ser o crime hediondo ou a ele equiparado, quando da fixação do regime inicial de cumprimento de pena deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, o que não ocorreu no caso em apreço.

No presente caso, o Tribunal de Justiça, no julgamento do recurso de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apelação, manteve o regime inicial fechado pelos seguintes motivos:

6. Embora não se olvide que o STF, por maioria, admitiu a substituição da carcerária por restritivas de direitos, as circunstâncias do caso concreto estão a demonstrar que o benefício não é suficiente para a paulatina reeducação penal. Foram apreendidos 166 papelotes de maconha, 64 supositórios de cocaína e 26 pedras de crack. Depois, a personalidade ousada do réu ao praticar o grave delito à plena luz do dia - às 14h (fls. 08) -, na via pública, demonstra que não receava por eventual ação da autoridade policial. Esta fundamentação não recomenda a concessão do benefício citado, assim como indica o regime fechado.

Como se vê das transcrições, o Tribunal de origem destacou a quantidade e a variedade das drogas apreendidas, a saber, 166 papelotes de maconha, 64 supositórios de cocaína e 26 pedras de crack, além das circunstâncias concretas em que o delito foi praticado – em uma via pública, à luz do dia, sem temor de uma ação policial –, não se vislumbrando a possibilidade de cumprimento de pena em regime diferente do fechado, inexistindo, também neste ponto, constrangimento ilegal.

Sobre o pedido de substituição da pena, cumpre destacar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao analisar o HC n. 97.256, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do disposto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas e no art. 44 do mesmo diploma normativo, que impossibilitava a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos. A disposição declarada inconstitucional foi objeto, ainda, da Resolução n. 5/2012 do Senado Federal, que suspendeu sua execução.

Assim, para que se aplique o benefício da substituição, o magistrado deve identificar o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos previstos no art. 44 do Código Penal, invocando ainda o art. 59 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/06.

Na espécie, os mesmos motivos que justificaram o estabelecimento do regime inicial fechado recomendam a não aplicação do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0408025-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 284.639 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00314924020128260050 05012003149240 20130000563441 25 314924020128260050
5012003149240 6052012

EM MESA

JULGADO: 18/03/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GETÚLIO SOUZA SERRA (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 QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

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

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.