

HABEAS CORPUS 230.758 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO
PACTE.(S) : IVANI AZEREDO
IMPTE.(S) : AMANDA COLPAS DA SILVA E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES) : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COATOR(A/S)(ES) : PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECISÃO:

Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REGIME INICIAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. **ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

1. Hipótese de paciente primária condenada a 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, por tráfico exclusivo de maconha.

2. Situação concreta em que a dosimetria da pena aplicada pelas instâncias de origem carece de fundamentação idônea e contraria a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

3. *Habeas corpus* não conhecido. **Ordem concedida de ofício.**

1. Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de concessão de liminar, impetrado contra decisão que indeferiu liminarmente o HC 840.040, do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

2. A parte impetrante requer a concessão da ordem “para fixar o regime aberto, ou para que a autoridade coatora aplique o dispositivo legal previsto no artigo 387 do Código de Processo Penal”.

3. **Decido.**

4. Do ponto de vista processual, o caso é de *habeas corpus* substitutivo de agravo regimental (cabível na origem). Nessas condições, tendo em vista a jurisprudência da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), entendo que o processo deve ser extinto sem resolução de mérito, por inadequação da via eleita (HC 115.659, Rel. Min. Luiz Fux).

5. Inexistindo pronunciamento colegiado do STJ, não compete ao STF examinar a questão de direito implicada na impetração. Nesse sentido foram julgados os seguintes precedentes: HC 113.468, Rel. Min. Luiz Fux; HC 117.502, Redator para o acórdão o Ministro Luís Roberto Barroso; HC 108.141-AgR, Rel. Min. Teori Zavascki; e o HC 122.166-AgR, julgado sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, assim ementado:

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. VIOLAÇÃO AO ART. 422 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DECISÃO MONOCRÁTICA PROFERIDA POR MINISTRO DO STJ. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO POR MEIO DE AGRAVO REGIMENTAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRECEDENTES. FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA NÃO ATACADOS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I - No caso sob exame, verifica-se que a decisão impugnada foi proferida monocraticamente. Desse modo, o pleito não pode ser conhecido, sob pena de indevida supressão de instância e de extravasamento dos limites de competência do STF descritos no art. 102 da Constituição Federal, que pressupõe seja a coação praticada por Tribunal Superior. Precedentes.

II – O agravante não atacou os fundamentos da decisão agravada, o que atrai, por analogia, o teor da Súmula 283 desta Corte.

III – Agravo regimental a que se nega provimento.

6. Sem prejuízo desse encaminhamento, as peculiaridades do caso autorizam a concessão da ordem de ofício.

7. A hipótese é de paciente definitivamente condenada à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pelo tráfico de 108,85 g de maconha.

8. Reconheço que a via processualmente restrita do *habeas corpus* não é apropriada para o revolvimento de fatos e provas, de modo a examinar se o acusado preenche, ou não, os requisitos descritos no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Nessa linha, vejam-se os seguintes precedentes:

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. ORDEM DENEGADA. 1. A apreciação da incidência ou não, no caso, da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 demandaria o reexame dos fatos e das provas dos autos, ao que não se presta o *habeas corpus*. Precedentes. 2. Ordem denegada.

(HC 119.358, Relª. Minª. Cármen Lúcia)

[...]

1. A não aplicação da causa de diminuição da pena do § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06 pressupõe a demonstração pelo juízo sentenciante da existência de um conjunto probatório apto a afastar a configuração de alguma das hipóteses descritas no

preceito legal (a) primariedade; (b) bons antecedentes; (c) não dedicação a atividades criminosas; e (d) não integração à organização criminosa.

2. No caso, as instâncias ordinárias concluíram, com base nos elementos de provas colhidos sob o crivo do contraditório, que o paciente se dedicaria à atividades criminosas, em especial à prática do crime de tráfico de drogas. Nesse contexto, revela-se inviável a utilização do habeas corpus para o revolvimento do conjunto fático-probatório, a fim de reexaminar o que decidido pelas instâncias ordinárias. [...].

(HC 111.607, Rel. Min. Teori Zavascki)

[...]

3. A causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 está condicionada ao preenchimento, cumulativo, dos requisitos legais: primariedade, bons antecedentes e agente que não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

4. A análise da dedicação, ou não, do agente com atividade criminosa demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via do habeas corpus. Precedentes: RHC 105.150, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 04.05.12; HC 101.265, Segunda Turma, Red. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, DJe de 06.08.12; RHC 107.860, Primeira Turma, Rel. a Min. Rosa Weber, DJe de 25.09.12. [...].

(HC 116.961, Rel. Min. Luiz Fux)

9. No caso, contudo, não encontro nas decisões proferidas pelas instâncias de origem o cumprimento do dever de fundamentação das decisões judiciais, nos termos do art. 93, IX, da CF/88, notadamente no ponto em que negada a incidência da causa especial de que trata o art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

10. Nessas condições, em se tratando de paciente primária e

HC 230758 / SP

de bons antecedentes, tenho por insuficientemente justificada a não incidência da minorante do tráfico, nos termos dos reiterados pronunciamentos do STF. Paciente que foi condenada a 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, por tráfico exclusivo de maconha, em quantidade plenamente compatível com o benefício contido no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Ademais, lembro que a mera referência a expressões com forte apego retórico e abstrato, dissociadas da concretude da causa, não basta para justificar a recusa desse importante instrumento de individualização da pena, nos termos do art. 5º, XLVI, da CF/88.

11. Sendo assim, à falta de fundamentação idônea, em se tratando de pequena traficante, primária e de bons antecedentes, a ordem deve ser concedida de ofício. Até porque o STF tem vários precedentes no sentido de que a “causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 não pode ser indeferida com apoio em ilações ou em conjecturas de que o réu se dedique a atividades ilícitas ou integre organização criminosa” (HC 111.309, de minha relatoria). No mesmo sentido, cito o HC 192.167, Redator para o acórdão o Min. Alexandre de Moraes; e o RHC 116.049, Rel. Min. Dias Toffoli.

12. O Plenário do STF, no julgamento do HC 111.840, Rel. Min. Dias Toffoli, afastou a obrigatoriedade da fixação do regime inicialmente fechado para réus condenados por tráfico de drogas, em acórdão assim ementado:

Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime

semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que “[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado.” (Grifos acrescentados)

13. Por fim, lembro que o mesmo Plenário desta Corte, no julgamento do HC 97.256, Rel. Min. Ayres Britto, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 44 da Lei nº 11.343/06, na parte em que vedava a substituição da pena privativa de liberdade por medida restritiva de direitos, em favor dos condenados pela prática do crime de tráfico de entorpecentes.

14. Diante do exposto, com fundamento no art. 21, § 1º, do RI/STF, não conheço do *habeas corpus*. Contudo, concedo a ordem de ofício para que o Juízo da execução refaça a dosimetria da pena, **com a incidência da causa especial de diminuição de pena** (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006), que ora aplico na fração de 1/2, **a ser cumprida no regime inicial aberto**. Determino, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, nos termos do § 2º do art. 44 do Código Penal, a serem definidas pelo Juízo da execução.

Comunique-se, **com urgência**.

Publique-se.

Brasília, 08 de agosto de 2023.

Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO

Relator