



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 370.916 - RS (2016/0240424-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ROSANGELA JORGE JOSE

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. QUANTIDADE, NATUREZA E DIVERSIDADE DAS DROGAS. VALORAÇÃO NEGATIVA. CRITÉRIO SUFICIENTE PARA O ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO E PARA NEGAR A SUBSTITUIÇÃO. PACIENTE PRIMÁRIA, CONDENADA A PENA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. QUANTIDADE DE ENTORPECENTES QUE NÃO JUSTIFICA O REGIME EXCESSIVAMENTE MAIS GRAVOSO. ADEQUAÇÃO PARA O REGIME INTERMEDIÁRIO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. O STF, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

3. A partir do julgamento do HC 97.256/RS pelo STF, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, o benefício da substituição da pena passou a ser concedido aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Código Penal.

4. A valoração negativa da quantidade e natureza dos entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso, bem como para obstar a respectiva substituição por penas restritivas de direitos. Precedentes.

5. No caso, a quantidade, a natureza e a diversidade dos entorpecentes – 9,02g de *crack* e 24,46g de maconha – constitui fundamento idôneo para a fixação do regime prisional mais gravoso e para negar a substituição por restritivas de direitos. Entretanto, tais circunstâncias, sopesadas na terceira fase da dosimetria, apenas justificam o regime intermediário, tendo em vista que a paciente é tecnicamente primária, com circunstâncias judiciais favoráveis e a condenação não é superior a 4 anos de reclusão.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, confirmando a liminar anteriormente deferida, fixar o regime inicial semiaberto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 22 de novembro de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 370.916 - RS (2016/0240424-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ROSANGELA JORGE JOSE

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ROSANGELA JORGE JOSE contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Apelação n. 0490757-48.2012.8.21.7000).

Consta dos autos que a paciente foi condenada, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, incidente a minorante prevista no § 4º do mesmo artigo e a majorante prevista no art. 40, inciso III, do mesmo estatuto (e-STJ fls. 389/403).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi improvido (e-STJ fls. 492/509), em acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS EM PRESÍDIO. APREENSÃO DE CRACK E MACONHA. INSURGÊNCIA DEFENSIVA.

I. PALAVRA DOS POLICIAIS. PROVA VÁLIDA. Os depoimentos dos policiais militares responsáveis pelo flagrante não apresentam distorção de conteúdo, confirmando, de forma uníssona, os dizeres inquisitoriais e a apreensão de significativa volumetria de crack e maconha em poder da ré, enquanto esta tentava ingressar no estabelecimento prisional.

II. COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL. Ameaças feitas por apenados exigindo que suas companheiras levem drogas para dentro do estabelecimento prisional não se presumem e podem ser denunciadas, não se configurando, assim, causa de exclusão da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

culpabilidade.

III. *TRÁFICO PRIVILEGIADO.* O STF, no julgamento do ARE 666.334/AM, firmou o entendimento de que a natureza e a quantidade de droga apreendida devem ser sopesadas como circunstância judicial na pena-base ou na terceira fase da dosimetria penal. Pena mantida.

IV. *SUBSTITUIÇÃO DA PENA.* A vedação da conversão das penas em restritivas de direito, presente no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, foi julgada inconstitucional pelo STF, devendo o juiz avaliar, para fins de conversão da pena, os requisitos previstos no art. 59, do CP. Todavia, tratando-se de benefício especial, exige que o implicado possua “bons antecedentes”, situação que não se coaduna com aquele que já foi sancionado por delito de mesma estirpe, não sendo recomendada a benesse.

V. *REGIME CERCERÁRIO.* Reconheceu o STF, no habeas corpus nº 111.840/ES, a inconstitucionalidade da fixação obrigatória do regime inicial fechado nos crimes hediondos e nos equiparados, como é o caso do delito de tráfico. Nesse contexto, a apreensão de crack, aliada ao fato de registrar a acusada condenação definitiva pela prática de mesmo crime, determinam a fixação do regime mais severo. Inteligência do disposto no artigo art. 33, §§ 2º e 3º, em combinação com o art. 42, da Lei nº 11.343/06.

APELO DESPROVIDO.

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 1/4), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal à paciente, pois manteve o regime inicial fechado e a negativa de substituição da pena sem fundamentação idônea. Afirma que a paciente é primária, a pena-base foi fixada no mínimo legal e a condenação não é superior a 4 anos, razão pela qual faz jus ao regime aberto e à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ao final, liminarmente e no mérito, pede a concessão da ordem para que o regime prisional seja alterado para aberto, além da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi deferido, em parte, "para assegurar à paciente o direito de aguardar, no regime semiaberto, o julgamento do presente *habeas corpus*, salvo se por outro motivo estiver presa ou cumprindo pena em regime mais gravoso" (e-STJ fls. 519/522).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

As informações foram prestadas às e-STJ fls. 533/560.

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls. 562/572, opinou pela denegação do *writ*, cassando-se a liminar anteriormente deferida, cuja ementa segue transcrita:

HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/06). CONDENAÇÃO À PENA DE 02 ANOS E 06 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. ACÓRDÃO DO PRETÓRIO ESTADUAL QUE NEGOU PROVIMENTO A APELO DEFENSIVO, MANTENDO A SENTENÇA CONDENATÓRIA. PLEITO DE ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL, DO FECHADO PARA O SEMIABERTO OU ABERTO. DESCABIMENTO. IMPOSIÇÃO DE REGIME CARCERÁRIO MAIS GRAVOSO JUSTIFICADA PELA DIVERSIDADE E PELA NATUREZA DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. PRINCÍPIOS DA NECESSIDADE E DA SUFICIÊNCIA DA RESPOSTA PENAL, COMO FATORES DE REPROVAÇÃO E PREVENÇÃO DO CRIME. PRETENDIDA SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR SANÇÃO RESTRITIVA DE DIREITOS. PRESENÇA DE CONDIÇÕES JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO PREVISTO NO INCISO III DO ART. 44 DO CP. PARECER PELO CONHECIMENTO E PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM POSTULADA, CASSANDO-SE A LIMINAR ANTERIORMENTE DEFERIDA.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 370.916 - RS (2016/0240424-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. 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 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. 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 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. 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.

[...] Habeas corpus não conhecido. (HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...]. (STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se, na presente oportunidade, o reconhecimento de constrangimento ilegal na manutenção do regime inicial fechado e negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Sobre o tema, como cediço, em se tratando de tráfico de entorpecentes,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desde o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n. 111.840/ES, inexistente a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, do Código Penal.

Outrossim, a Corte Suprema, em 1º/9/2010, no julgamento do HC 97.256/RS, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, na parte relativa à proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes.

Esse entendimento também é adotado por ambas as Turmas da Terceira Seção desta Corte, conforme segue:

CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (LEI N. 11.343/2006, ART. 33). APREENSÃO DE 4,37G DE COCAÍNA E 2,54G DE CRACK. PENA FIXADA EM 1 (UM) ANO E 8 (OITO) MESES DE RECLUSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DE IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO (STF, HC N. 111.840). ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

02. Para o Supremo Tribunal Federal, "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" (HC n. 111.840/ES, Rel. Ministro Dias Toffoli). À luz dessas premissas, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (HC n. 97.256/RS, Rel. Ministro Ayres Brito) e do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (HC n. 111.840/ES, Rel. Ministro Dias Toffoli).

Consequentemente, se satisfeitos os pressupostos legais, aos réus condenados por crime de tráfico de drogas não podem ser negados o regime prisional aberto ou semiaberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (HC n. 306.980/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 18/11/2014; HC 297.688/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 11/11/2014).

03. No crime de tráfico de drogas, sendo o réu primário e a pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

privativa de liberdade aplicada inferior a 4 (quatro) anos, pode cumpri-la em regime aberto ou tê-la substituída por restritiva de direito, desde que as circunstâncias judiciais lhe sejam favoráveis e insignificante a quantidade de drogas apreendidas [4,34g de cocaína e 2,4g de crack] (Lei n. 11.343/2006, art. 42; STJ, AgRg no AREsp 202.564/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 10/02/2015; AgRg no REsp 1.462.967/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 05/02/2015; HC 294.400/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 28/04/2015; AgRg no AREsp 601.000/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 25/11/2014).

04. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para: a) estabelecer o regime aberto para cumprimento inicial da pena; b) substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, observadas as condições que deverão ser estabelecidas pelo Juízo da execução. (HC 321.664/SP, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO, Quinta Turma, DJe 3/8/2015).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, INCISO VI, DA LEI N.º 11.343/06. AFASTAMENTO. ASPECTOS OBJETIVOS. CONSIDERAÇÕES OUTRAS. INCURSÃO NA SEARA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

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 restritivas 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.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 322.546/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 3/8/2015).

No caso, seguem os fundamentos utilizados pelo Tribunal *a quo* para manter o regime inicial fechado e negar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (e-STJ fls. 504/508):

Por sua vez, no tocante à substituição da sanção corporal por sanções restritivas de direitos, deferida na sentença singular, contrariamente ao sustentado pelo Parquet, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal no sentido de que a vedação da conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos nos crimes de tráfico de drogas fere os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, julgando-a inconstitucional, ensejando o afastamento da vedação constante no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 pela Resolução nº 05/201, do Senado Federal.

Nesse sentido, no tocante ao cabimento da substituição da pena, é o ensinamento da Suprema Corte, por ocasião do julgamento do Habeas Corpus nº 97.256/RS:

[...]

No entanto, observo que registra a ré uma sentença condenatória pela prática de delito de mesma estirpe, posterior ao presente fato, conforme certidão de antecedentes acostada aos autos, que, embora não caracterize reincidência ou maus antecedentes, não recomenda a concessão da benesse.

Saliento que, tratando-se de benefício especial, exige que o implicado possua “bons antecedentes”, situação que não se coaduna com aquele que já foi sancionado por outro delito. Dirige-se o beneplácito, assim, ao criminoso ocasional, que eventualmente se desvia, e não ao que, embora condenado, insiste na prática da infração, não sendo adequada a substituição pleiteada.

Por fim, estabeleceu o Magistrado sentenciante o regime inicial fechado para o cumprimento da pena, em alusão ao artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

Reconheceu o Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus nº 111.840/ES, a inconstitucionalidade da fixação obrigatória do regime inicial fechado nos crimes hediondos e nos equiparados, como o tráfico, uniformizando, no seio dos tribunais superiores, a observância dos requisitos do art. 33, do Código Penal, na delimitação do regime.

Nesse sentido é a posição adotada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

*Na situação telada, a despeito do quantum da pena fixado em patamar inferior a 04 (quatro) anos de reclusão, verifico que as circunstâncias do crime, aliada à natureza da droga e pluralidade das drogas apreendidas (crack e maconha), bem como ao fato de ostentar a acusada condenação definitiva posterior ao presente fato, não é recomendada a fixação de regime mais brando ao cumprimento da pena, mantendo-se o **inicial fechado**, todavia com fulcro no artigo 33, §§2º e 3º, associado ao comando do artigo 42, da Lei nº 11.343/2006.*

Extraí-se da transcrição supra que a Corte de origem manteve o regime prisional e negou a substituição com base na quantidade, natureza e diversidade dos entorpecentes – 9,02g de crack e 24,46g de maconha –, embora também tenha feito referência a uma condenação posterior, que não é apta a configurar reincidência ou maus antecedentes.

Dessa forma, revela-se idôneo o recrudescimento do regime prisional e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos com base nas circunstâncias específicas do delito.

No ponto, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a valoração negativa da quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação de regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso, bem como para obstar a respectiva substituição por pena restritiva de direitos. Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO. NÃO CABIMENTO. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. QUANTIDADE E VARIEDADE DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE.

[...]

4. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar o disposto no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

5. A despeito de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis e de a pena ter sido fixada em 3 anos e 4 meses de reclusão, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas em poder do paciente, também utilizadas para o fim de fixar o regime prisional, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, admitem o cumprimento inicial da sanção no regime semiaberto.

6. A Suprema Corte, no HC n. 97.256/RS, também passou a admitir a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, no termos do art. 44 do Código Penal.

7. A jurisprudência desta Corte tem entendido que a natureza, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas podem interferir na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (AgRg na Rcl 21.663/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/11/2014, DJe 05/12/2014).

8. In casu, a Corte estadual, sem se alinhar àquela orientação pretoriana, valeu-se, também, da quantidade (55 invólucros) e da natureza da droga (cocaína e maconha) para vedar a substituição pretendida.

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena. (HC 296.069/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe 11/9/2015).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NÃO CONHECIMENTO.

1. 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 restritivas de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

2. Mantido o regime inicial fechado e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos pelo Tribunal de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, em especial a quantidade e a natureza da droga apreendida - 25,5 g de cocaína - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 321.231/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 11/9/2015).

Entretanto, o estabelecimento do regime inicial fechado, excessivamente mais severo do que a pena de 2 anos e 6 meses comporta, a princípio, revela-se desproporcional.

Com efeito, tratando-se de ré tecnicamente primária, com circunstâncias judiciais favoráveis, condenada a pena não superior a 4 anos de reclusão, entendo que a quantidade, a natureza e a diversidade dos entorpecentes apreendidos – 9,02g de *crack* e 24,46g de maconha –, sopesados na terceira fase da dosimetria, apenas justificam o estabelecimento do regime intermediário, na esteira do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem**, de ofício, para alterar o regime inicial para semiaberto.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0240424-5

HC 370.916 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00035626020078210018 01820700003569 030607153311 04907574820128217000
1533112007562 1820700003569 30607153311 35626020078210018
4907574820128217000 70051841591

EM MESA

JULGADO: 22/11/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE	: ROSANGELA JORGE JOSE
CORRÉU	: ANDERSON DA SILVA CARDOSO

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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.