



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 541.883 - SP (2019/0320063-8)

RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PEDRO NAVES MAGALHAES - SP305727
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SCARLET GABRIELLE PEREIRA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. QUANTUM NÃO FUNDAMENTADO ADEQUADAMENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - O parágrafo 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, dispõe que as penas do crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, **desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.** Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

III - Na espécie, denota-se que **não** houve fundamentação idônea a lastrear o afastamento da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, pois o fato da paciente ter sido presa com dinheiro, em ponto de venda de drogas, por si só, **aliado ao fato da pouca quantidade de drogas apreendidas (3,23 gramas de cocaína e 0,39 gramas de cocaína, na forma de crack), não demonstram que a paciente se dedicava às atividades criminosas, nem que integre organização criminosa.**

IV - Em relação ao **regime inicial de cumprimento de pena**, cumpre registrar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que o Plenário do col. **Supremo Tribunal Federal** declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, devem ser observados os preceitos constantes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal.

V - Considerando a primariedade da paciente e o **quantum** de pena estabelecido, forçoso concluir que faz **jus** ao regime **aberto**, para início de cumprimento de pena, **ex vi** do art. 33, § 2º, alínea **c**, e § 3º, do Estatuto Penal.

VI - Preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, quais sejam, pena não superior à 4 (quatro) anos, o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, ré não reincidente e circunstâncias judiciais favoráveis, a paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em moldes a serem especificados pelo Juízo da Execução Penal.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício.

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 26 de novembro de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 541.883 - SP (2019/0320063-8)

**RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PEDRO NAVES MAGALHAES - SP305727
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SCARLET GABRIELLE PEREIRA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE):**

Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em favor de **SCARLET GABRIELLE PEREIRA** contra acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que a paciente foi condenada às penas de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime semiaberto, e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, **caput**, c.c. parágrafo 4º da Lei n. 11.343/2006.

Irresignados, a defesa e a acusação interpuseram recurso de apelação ao Tribunal de origem, que deu parcial provimento aos apelos, estabelecendo a pena no patamar de **05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa**, nos termos do acórdão juntado às fls. 74-84, com a seguinte ementa:

"TRÁFICO DE ENTORPECENTES - Configuração. Materialidade e autoria comprovadas. Depoimentos dos policiais militares em harmonia com o conjunto probatório. Ré revel. Apreensão de razoável quantidade e variedade de entorpecentes (13 eppendorfs de cocaína, com peso de 3,23 gramas; e 01 'pedra' de cocaína, na forma de crack, com massa de 0,39 gramas), além de dinheiro - Desclassificação para o crime do artigo 28 da Lei de Drogas. Impossibilidade - Afronta ao artigo 155 do CPP não evidenciada - Condenação mantida. PENAS E REGIMES PRISIONAIS - Bases nos patamares. Quantidade e natureza de entorpecentes apreendidos que não justificam a exasperação - Reconhecimento da confissão extrajudicial. Súmulas nº 545 e 630 do STJ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Atenuante inócua (Súmula nº 231 do STJ) - Exclusão do redutor do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 - Inaplicável a causa de diminuição do artigo 41 da Lei de Drogas – Regime inicial fechado - Inviável a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos (CP, art. 44,1) - Perdimento dos valores apreendidos em favor da União - Prisão domiciliar. Competência do Juízo da Execução - Apelo defensivo provido em parte para reconhecer a atenuante da confissão espontânea. Recurso ministerial parcialmente acolhido para afastar o redutor do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 e fixar o regime inicial fechado - Expedição de mandado de prisão."

No presente **writ**, o impetrante sustenta constrangimento ilegal na dosimetria da pena, sob a alegação de que não houve fundamentação idônea a justificar a não aplicação da fração máximo da redutora capitulada no parágrafo 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06, vez que a paciente é primária, de bons antecedentes, bem como não há provas de que se dedique às atividades criminosas e nem que integre organizações criminosas.

Igualmente, alega que houve afronta aos enunciados das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n. 440 desta Corte Superior, ao argumento de que o regime inicial de cumprimento de pena foi fixado com base na hediondez do crime.

Requer, ao final, a concessão da ordem, para que incida o privilégio descrito no parágrafo 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06, bem como a readequação do regime prisional, e a substituição da pena privativa de liberdade, por restritivas de direitos (fls. 3-21).

O pedido liminar foi deferido (fls. 89-90).

As informações foram prestadas às fls. 99-117.

O Ministério Público Federal, às fls. 119-121, manifestou-se nos termos da seguinte ementa:

"PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. DESCABIMENTO. NARCOTRÁFICO. PRETENDIDA REDUÇÃO COM BASE NO ARTIGO 33, §4º, DA LEI 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO SEM FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. QUANTUM DE PENA COMPATÍVEL COM REGIME SEMIABERTO. PARECER POR NÃO CONHECIMENTO DO WRIT E CONCESSÃO DE ORDEM DE OFÍCIO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

APENAS PARA ASSEGURAR INÍCIO DE RESGATE DA PENA CORPORAL SOB REGIME INICIAL SEMIABERTO."

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 541.883 - SP (2019/0320063-8)

**RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PEDRO NAVES MAGALHAES - SP305727
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SCARLET GABRIELLE PEREIRA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. QUANTUM NÃO FUNDAMENTADO ADEQUADAMENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - O parágrafo 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, dispõe que as penas do crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, **desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

III - Na espécie, denota-se que **não** houve fundamentação idônea a lastrear o afastamento da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, pois o fato da paciente ter sido presa com dinheiro, em ponto de venda de drogas, por si só, **aliado ao fato da pouca quantidade de drogas apreendidas** (3,23 gramas de cocaína e 0,39 gramas de cocaína, na forma de crack), **não demonstram que a paciente se dedicava às atividades criminosas**, nem que integre organização criminosa.

IV - Em relação ao **regime inicial de cumprimento de pena**, cumpre registrar que o Plenário do col. **Supremo Tribunal Federal** declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, devem ser observados os preceitos constantes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal.

V - Considerando a primariedade da paciente e o **quantum** de pena estabelecido, forçoso concluir que faz **jus** ao regime **aberto**, para início de cumprimento de pena, **ex vi** do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Estatuto Penal.

VI - Preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, quais sejam, pena não superior à 4 (quatro) anos, o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, ré não reincidente e circunstâncias judiciais favoráveis, a paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em moldes a serem especificados pelo Juízo da Execução Penal.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE):

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Destarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

O impetrante sustenta que não houve fundamentação idônea a justificar a não aplicação da redutora capitulada no parágrafo 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06, vez que a paciente é primária, de bons antecedentes, bem como não há provas de que se dedique às atividades criminosas e nem que integre organizações criminosas.

O parágrafo 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, dispõe que as penas do crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o **percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06**, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

Quanto ao **punctum saliens**, o Tribunal de origem, quando do julgamento do recurso de apelação, assim se pronunciou, **in verbis**:

"Na derradeira fase, resguardada a preclara convicção do d. Magistrado sentenciante, comporta acolhida o pleito ministerial para afastar o redutor, porquanto os requisitos legais, restritivos e cumulativos, da benesse não são a "quantidade ou a qualidade" das drogas (circunstâncias que devem ser consideradas somente na fase da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fixação das penas-base - vide art. 42 da Lei 11.343/06), mas sim a avaliação, com base nas provas, se o acusado é "primário", "de bons antecedentes", "não integre organização criminosa" e "não está envolvido com atividades criminosas" (§ 4º, segunda parte, do art. 33 da Lei 11.343/06). Nesta ação penal, com clareza solar, Scarlet "está envolvida com atividades criminosas" porque - em ponto de venda de drogas - trazia consigo, para fins de entrega ao consumo de terceiros, 13 eppendorfs de cocaína, com peso de 3,23 gramas; e 01 'pedra' de cocaína, na forma de crack, com massa de 0,39 gramas, além de dinheiro; circunstância concreta que, no mínimo, leva à conclusão de que, com habitualidade, recebe os entorpecentes do grande traficante para, na seqüência, individualizá-los e comercializá-los em porções - o que, inclusive, é corroborado pelos depoimentos dos policiais militares e pela confissão extrajudicial da ré, a qual admitiu vender entorpecentes em "biqueira" para sustentar seu vício. Afinal, 'ponto de tráfico' significa 'ponto de comércio ilícito' que entre suas medulares características estão o 'meio de vida à margem da legalidade', a 'organização e prevenção contra a atuação das autoridades de polícia', a 'disputa clandestina do sítio utilizado na atividade' e a 'freguesia viciada'.

Ademais, não se olvide que a benesse tem natureza excepcional - e não regra geral - e assim deve ser tratada, sob pena de indevido esvaziamento das sanções em abstrato cominadas para o delito de tráfico de entorpecentes tipificado no caput, aliás, ainda equiparado a hediondo (STF - HC nº 122594/SP Primeira Turma - Rei. Ministra Rosa Weber - J. 23.09.2014 - DJe 07.10.2014; STJ - AgRg no AREsp 359220/MG - Sexta Turma - Rei. Maria Thereza de Assis Moura - J. 03.09.2013 - DJe 17.09.2013; TJSP - Apelação nº 0027092-46.2013.8.26.0050 - 15ª Câmara de Direito Criminal - Relator J. Martins-J. 08.05.2014)."

Na espécie, denota-se que **não** houve fundamentação idônea a lastrear o afastamento da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, pois o fato da paciente ter sido presa com dinheiro, em ponto de venda de drogas, por si só, **aliado ao fato da pouca quantidade de drogas apreendidas** (3,23 gramas de cocaína e 0,39 gramas de cocaína, na forma de crack), **não demonstram que a paciente se dedicava às atividades criminosas**, nem que integre organização criminosa.

In casu, sendo a paciente primária e fixada a pena-base no mínimo legal, eis que favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, aliados à pequena quantidade de droga apreendida, **conclui-se que a paciente faz jus a incidência da redutora do tráfico privilegiado no seu patamar máximo (2/3).**

Nesse sentido os seguintes precedentes desta Corte Superior:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. NATUREZA DA DROGA. QUANTIDADE ÍNFINA (1,1 G). APLICAÇÃO DO REDUTOR NO MÍNIMO LEGAL. DESPROPORCIONALIDADE. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIA DO DELITO DESFAVORÁVEL. MODO SEMIABERTO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...] 3. Não há bis in idem nas decisões impugnadas, quando, no cálculo da pena, foram considerados argumentos distintos para majorar a pena-base (o envolvimento de inúmeros adolescentes) e para definir o índice de redução, pela causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas (a natureza da droga). 4. **É manifestamente desproporcional a redução da pena no mínimo legal (1/6), pela incidência da minorante em questão, com fulcro, apenas, na natureza do entorpecente (cocaína), diante da ínfima quantia da substância apreendida (1,1 g), aliada ao fato de que a paciente é primária e não há prova de que se dedica ao tráfico de entorpecentes ou integre organização criminosa. Aplicação do índice de diminuição em 2/3. Precedente.** 5. **Fixada a sanção corporal em patamar inferior a quatro anos de reclusão e sendo desfavoráveis as circunstâncias do delito, que justificaram o aumento da pena-base, revela-se correta a imposição do regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.** 6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no grau máximo, redimensionando a pena da paciente para 1 anos e 10 meses de reclusão mais 166 dias-multa" (HC n. 372.496/MS, Quinta Turma, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 7/12/2016, grifei).

"PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. ALTERAÇÃO DE REGIME. SUBSTITUIÇÃO DE PENA. CONCESSÃO DE LIVRAMENTO CONDICIONAL. PREJUDICIALIDADE. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. PATAMAR MÁXIMO. APLICAÇÃO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...] 3. **Fixada a pena-base no mínimo legal e apreendida pequena quantidade de droga (3,0g de cocaína), legítima é a aplicação da causa especial de diminuição (art. 33, §4º da Lei nº 11.343/2006) pelo seu máximo, ou seja, dois terços. Precedentes.** 4. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena imposta ao paciente para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, mais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, mantidos, no mais, os termos da condenação" (HC n. 362.968/SP, Sexta turma, Rel^a. Min^a. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 22/11/2016, grifei).

Desse modo, forçoso reconhecer a possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, no seu **patamar máximo, 2/3 (dois terços)**, reduzindo a pena do crime de tráfico de entorpecentes, para 01 (um) ano e 08 (oito) meses, e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa.

Em relação ao **regime inicial de cumprimento de pena**, cumpre registrar que o Plenário do col. **Supremo Tribunal Federal** declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo.

Para tanto, devem ser observados os preceitos constantes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal. Esse também é entendimento perfilhado por esta Corte, **in verbis**:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS, PORTE ILEGAL DE ARMA E RECEPÇÃO. PENAL. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. DESCABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. SANÇÃO MAIOR QUE QUATRO ANOS. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. RÉU PRIMÁRIO E SEM MAUS ANTECEDENTES. ADEQUAÇÃO. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

[...] 7. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. 8. Fixada a pena-base no mínimo legal, inexistindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, em se tratando de réu primário e com bons antecedentes, não existe razão para negar o regime inicial semiaberto. 9. Ordem de habeas corpus não conhecida. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, para, mantida a condenação, fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente" (HC n. 239.999/MS, Quinta Turma, Rel^a. Min^a. Laurita Vaz, DJe de 21/8/2014,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

grifei).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENÇÃO 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. AUSÊNCIA. QUANTIDADE DE DROGAS. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

[...]

3. *Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.*

4. *In casu, a imposição do regime inicial fechado baseou-se, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores. Ademais, sequer foi analisada a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos quanto aos pacientes DEIVID e SIDNEY.*

5. *Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso sub judice, uma vez que o Tribunal a quo não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44 e incisos, do Código Penal.*

6. *Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastadas a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas e a fundamentação referente à gravidade abstrata do delito, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena, quanto aos três pacientes, e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, quanto aos pacientes DEIVID e SIDNEY". (HC n. 271.147/SP, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 26/9/2014, grifei).*

Dessa forma, para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dos autos.

In casu, verifica-se que a pena-base foi fixada **no mínimo legal**, ao passo em que a causa especial de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, nesta oportunidade, foi aplicada no **grau máximo**.

Nesse compasso, considerando a primariedade da paciente e o **quantum** de pena estabelecido, forçoso concluir que faz **jus** ao regime **aberto** para início de cumprimento de pena, **ex vi** do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Estatuto Penal, bem como de acordo com o entendimento constante das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e da Súmula n. 440 desta Corte Superior.

Finalmente, cumpre registrar que o **Pretório Excelso**, nos termos da r. decisão proferida por ocasião do julgamento do **HC** n. **97.256/RS**, ao considerar inconstitucional a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 (cuja execução foi suspensa pelo Senado Federal por meio da Resolução n. 5 de 16/2/2012), permitiu a concessão da benesse aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal, como ocorre no presente caso.

Ante o exposto, não conheço do presente **habeas corpus**. **Todavia, concedo a ordem de ofício**, para aplicar a causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 no seu **patamar máximo**, bem como fixar o regime prisional **aberto**, para o início do cumprimento da pena da paciente e determinar a conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos moldes do artigo 44 do Código Penal, a ser estabelecida pelo Juízo **a quo**.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0320063-8

HC 541.883 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00014704020178260594 14704020178260594 20190000866798 35132017

EM MESA

JULGADO: 26/11/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR
CONVOCA DO TJ/PE)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MÔNICA NICIDA GARCIA**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO PEDRO NAVES MAGALHAES - SP305727
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: SCARLET GABRIELLE PEREIRA (PRESO)
INTERES.	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.