



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 371.239 - MG (2016/0242720-7)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : ELIZABETE RIBEIRO COSTA

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS**. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA, CONTUDO, NA HIPÓTESE, DE EXAURIMENTO DA JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. PENDÊNCIA DE JULGAMENTO DOS EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE. **HABEAS CORPUS** CONCEDIDO. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO EM RAZÃO DA HEDIONDEZ DO DELITO. INCONSTITUCIONALIDADE. GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO PARA JUSTIFICAR A IMPOSIÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PARA RESTRITIVA DE DIREITOS. **HABEAS CORPUS** CONCEDIDO DE OFÍCIO.

I - O **Supremo Tribunal Federal**, evoluindo em seu entendimento, consignou, por ocasião do julgamento do HC n. 126.292/SP, que "*A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal*" (HC n. 126.292/SP, **Tribunal Pleno**, Rel. Min. **Teori Zavascki**, DJe de 17/5/2016). Tal entendimento, cumpre asseverar, restou confirmado quando do indeferimento das medidas cautelares requeridas nas ADCs n. 43/44.

II - Dessarte, em outras palavras, está autorizada a execução provisória da pena após o julgamento em segunda instância, ressalvadas hipóteses em que seja possível a superação de tal entendimento pela existência de flagrante ilegalidade.

III - **No caso, contudo**, não se verifica o encerramento da jurisdição do eg. Tribunal de origem, porquanto pendente de julgamento o recurso de embargos infringentes e de nulidade, razão pela qual, **na hipótese e por ora**, não se pode permitir o início da execução da pena, ainda que provisoriamente.

IV - Por outro lado, a Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, fímou 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, **sendo este o caso dos autos no que tange ao regime prisional estabelecido**.

V - O 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. Por conseguinte, não é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

VI - Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, e do artigo 59 do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos, e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o paciente cumprir a pena privativa de liberdade no regime inicial aberto (**precedentes**).

VII - A gravidade genérica do delito, por si só, é insuficiente para justificar a imposição do regime inicial fechado para o cumprimento de pena. Faz-se indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos nos artigos 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do CP (**precedentes**).

VIII - À luz do art. 44 do CP, a paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Habeas corpus concedido para permitir que a paciente aguarde em liberdade o exaurimento da jurisdição perante o eg. Tribunal de origem. **Ordem concedida de ofício** para fixar o regime inicial **aberto** para o cumprimento da pena, com a consequente conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal, a serem estabelecidas pelo juiz da execução.

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, deferir o 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), 15 de dezembro de 2016(Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 371.239 - MG (2016/0242720-7)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** impetrado em benefício de ELIZABETE RIBEIRO COSTA em face de v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**.

Depreende-se dos autos que a paciente foi condenada como incurso nas sanções do art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/2006 à pena de **1 (um) ano e 8 (oito) meses** de reclusão, em regime inicial **fechado**, mais multa, substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Irresignados, apelaram a defesa e o Ministério Público, sendo o recurso da primeira desprovido e o do **Parquet** parcialmente provido, por maioria, para reconhecer a majorante do art. 40, inciso VI, da Lei n. 11.343/2006 e decotar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Eis a ementa do v. acórdão:

"APELAÇÃO CRIMINAL - RECURSO DA DEFESA - TRÁFICO DE DROGAS - ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - PROPRIEDADE E DESTINAÇÃO MERCANTIL DA DROGA EVIDENCIADA - VALIDADE DOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS - CONDENAÇÃO MANTIDA - ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL - INVIABILIDADE - VEDAÇÃO LEGAL - APELO MINISTERIAL - CONDENAÇÃO DA ACUSADA PELO DELITO DE CORRUPÇÃO DE MENORES (ART. 244-B DO ECA) - NÃO CABIMENTO - RECONHECIMENTO DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, INC. VI, DA LEI N. 11.343/06 - NECESSIDADE - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE - PENA-BASE - RECRUDESCIMENTO - INVIABILIDADE - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS - DECOTE DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PELO PRIVILÉGIO - IMPOSSIBILIDADE - REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE PREENCHIDOS - DIREITO SUBJETIVO DA APELADA - SUBSTITUIÇÃO DA PENA NOS TERMOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL - DECOTE DO BENEFÍCIO - IMPERIOSIDADE. RECURSO DEFENSIVO NÃO PROVIDO. APELO MINISTERIAL PROVIDO EM PARTE. 1. Se o conjunto probatório dos autos se mostra irrefutável quanto à prática do delito de| tráfico de drogas pela acusada, impossível acolher o pleito absolutório ou desclassificatório. 2. A prova do envolvimento de menor com o tráfico de drogas é suficiente para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

configurar a causa de aumento de pena, prevista no art. 40, inciso VI, da Lei n. 11. 343/06, sendo imperiosa a absolvição do réu do delito de corrupção de menores. 3. Devidamente examinadas e sopesadas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal e diante da quantidade de entorpecente apreendido, de rigor a manutenção da pena- base no mínimo legal cominado à espécie. 4. Sendo a acusada primária, de bons antecedentes e não havendo prova concreta de que se dedica a atividades criminosas, deve ser mantido o reconhecimento da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06. 5. No crime de tráfico de entorpecentes o regime de cumprimento da pena privativa de liberdade deve ser o fechado, em observância à regra do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, modificada pela Lei n. 11.464/07. 6. Impõe-se o decote da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, seja em razão da vedação expressa existente no art. 44 da Lei 11.343/2006, seja porque não seria suficiente, nem recomendável à prevenção e reprovação do delito" (fl. 122).

Daí o presente mandamus, no qual aduz o impetrante que a paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal, em razão da ilegalidade na determinação de execução provisória da pena, pois, segundo se alega, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC n. 126.292/SP, não possuiria caráter vinculante.

Ressalva que ainda não houve o esgotamento da jurisdição das instâncias ordinárias, uma vez que *"do acórdão combatido a Paciente interpôs embargos infringentes, devidamente protocolado, conforme se vê no último documento em anexo, no qual pretende a redução da pena privativa de liberdade, com a sua substituição por penas restritivas de direitos, o abrandamento do regime prisional para o aberto e a revogação da prisão preventiva"* (fl. 3).

Afirma, também, que não foram indicados fundamentos concretos para a prisão preventiva da paciente, e, ao final, requer a concessão da ordem para que a paciente possa responder ao processo em liberdade.

A liminar foi **indeferida** às fls. 106-107.

As informações foram prestadas às fls. 117-139.

O Ministério Público Federal, às fls. 162-170, manifestou-se pela **concessão** da ordem, em parecer cuja ementa ora transcrevo, **verbis**:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO. EXPEDIÇÃO DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MANDADO DE PRISÃO PELO ACÓRDÃO QUE MANTEVE A CONDENAÇÃO. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. OFENSA À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. INOCORRÊNCIA (STF – HC 126.292/SP). PENA- BASE DOSADA NO MÍNIMO LEGAL. FIXAÇÃO DE REGIME INCOMPATÍVEL COM A SANÇÃO COMINADA, COM ESTEIO APENAS NA GRAVIDADE ABSTRATA E NA HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 440 DO STJ E DAS SÚMULAS 718 E 719 DO STF. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE TAMBÉM AOS CONDENADOS POR TRÁFICO DE DROGAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. CONCESSÃO DA ORDEM.

– Essa Augusta Corte Superior, em atenção à recente modificação jurisprudencial levantada pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, alterou seu entendimento para concluir que, encerrada a jurisdição das instâncias ordinárias (bem como a análise dos fatos e provas que assentaram a culpa do condenado), é possível dar início à execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da condenação, sem que isso importe em violação do princípio constitucional da presunção de inocência.

– Eventual imposição de regime mais gravoso que o correspondente à pena aplicada exige a necessária fundamentação idônea, não bastando, para maior rigor na fixação do regime, a mera consideração da gravidade do crime em abstrato pelo julgador, conforme dispõem as Súmulas 718 e 719 do STF e 440 do STJ.

– Em observância ao princípio da individualização da pena, a Corte Suprema 'declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, prevista no § 4º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n. 11.343/2006', possibilitando-se, portanto, tal conversão, também aos condenados por tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos do art. 44 do CP.

– Parecer pela concessão da ordem de habeas corpus" (fl. 162).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 371.239 - MG (2016/0242720-7)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS**. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA, CONTUDO, NA HIPÓTESE, DE EXAURIMENTO DA JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. PENDÊNCIA DE JULGAMENTO DOS EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE. **HABEAS CORPUS** CONCEDIDO. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO EM RAZÃO DA HEDIONDEZ DO DELITO. INCONSTITUCIONALIDADE. GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO PARA JUSTIFICAR A IMPOSIÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PARA RESTRITIVA DE DIREITOS. **HABEAS CORPUS** CONCEDIDO DE OFÍCIO.

I - O **Supremo Tribunal Federal**, evoluindo em seu entendimento, consignou, por ocasião do julgamento do HC 126.292/SP, que "*A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal*" (HC n. 126.292/SP, **Tribunal Pleno**, Rel. Min. **Teori Zavascki**, DJe de 17/5/2016). Tal entendimento, cumpre asseverar, restou confirmado quando do indeferimento das medidas cautelares requeridas nas ADCs n. 43/44.

II - Dessarte, em outras palavras, está autorizada a execução provisória da pena após o julgamento em segunda instância, ressalvadas hipóteses em que seja possível a superação de tal entendimento pela existência de flagrante ilegalidade.

III - **No caso, contudo**, não se verifica o encerramento da jurisdição do eg. Tribunal de origem, porquanto pendente de julgamento o recurso de embargos infringentes e de nulidade, razão pela qual, **na hipótese e por ora**, não se pode permitir o início da execução da pena, ainda que provisoriamente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IV - Por outro lado, 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, **sendo este o caso dos autos no que tange ao regime prisional estabelecido.**

V - O 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. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

VI - Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, e do artigo 59 do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos, e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o paciente cumprir a pena privativa de liberdade no regime inicial aberto **(precedentes).**

VII - A gravidade genérica do delito, por si só, é insuficiente para justificar a imposição do regime inicial fechado para o cumprimento de pena. Faz-se indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos nos artigos 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do CP **(precedentes).**

VIII - À luz do art. 44 do CP, a paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Habeas corpus concedido para permitir que a paciente aguarde em liberdade o exaurimento da jurisdição perante o eg. Tribunal de origem. **Ordem concedida de ofício** para fixar o regime inicial **aberto** para o cumprimento da pena, com a consequente conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal, a serem estabelecidas pelo juiz da execução.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Inicialmente, cumpre ressaltar que o art. 283 do CPP, com a nova redação, busca afastar expressamente a execução provisória da condenação criminal, permitindo tão somente a prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória quando se puder comprovar quaisquer das razões que autorizem a prisão preventiva ou a prisão temporária.

Este era o entendimento que vinha sendo aplicado nesta Corte até recentemente, uma vez que o Plenário do col. **Pretório Excelso**, no julgamento do **HC n. 84.078/MG**, concluíra pela ofensa ao princípio da não-culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP.

No entanto, o próprio **Supremo Tribunal Federal** evoluiu em seu entendimento e, por maioria de votos, indeferiu o pedido formulado no **HC n. 126.292/SP**, de relatoria do em. Min. **Teori Zavascki**, decidindo pela possibilidade do início do cumprimento da pena após o julgamento da apelação.

Eis a ementa do julgado:

"CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado" (HC n. 126.292/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 17/5/2016).

Tal entendimento, cumpre frisar, **já vem sendo adotado por esta Corte, consoante demonstram os seguintes precedentes:**

"PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. OMISSÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. EMBARGOS ACOLHIDOS.

1. *Em recente julgado (HC 126.292/SP), o Supremo Tribunal Federal decidiu que o esgotamento das instâncias ordinárias permite o início do cumprimento da pena, imposta ou confirmada pelo Tribunal de segundo grau, antes do trânsito em julgado da condenação, sem se falar em ofensa ao princípio da presunção de inocência.*

2. *Embargos de declaração acolhidos para determinar a remessa de cópia dos autos ao Tribunal de origem/Juízo das execuções a fim de que adote as providências cabíveis no que se refere ao início da execução provisória da pena imposta ao embargado" (EDcl no HC n. 348.612/ES, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 16/6/2016).*

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DO TRIBUNAL A QUO. REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. PREJUDICADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. NOVA ORIENTAÇÃO ADOTADA PELO STF NO HC 126.292/SP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. *Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.*

2. *A aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 constitui direito subjetivo do condenado por tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos necessários à sua aplicação, a saber, tratar-se de agente primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa. Precedentes.*

3. *Embora o paciente não tenha sido condenado à pena privativa de liberdade superior a 8 (oito) anos, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis perfaz fundamento idôneo à fixação do regime inicial mais gravoso (fechado), em observância ao disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, ambos do Código Penal.*

4. *A Sexta Turma, ao apreciar os EDcl no REsp 1.484.413/DF e no REsp 1.484.415/DF, na sessão de 3/3/2016, adotou recente orientação, fixada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal (HC 126.292/SP, de 17/2/2016), de que a execução provisória da condenação penal, na ausência de recursos com efeito suspensivo, não*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

viola ao constitucional princípio da presunção de inocência.

5. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 349.051/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 17/6/2016).

Insta destacar, sobre o tema, **que a possibilidade de execução provisória da pena foi recentemente confirmada pelo eg. Supremo Tribunal Federal**, quando do julgamento das medidas cautelares nas ADCs 43 e 44.

Em outras palavras, portanto, está autorizada a execução provisória da pena após o julgamento em segunda instância, ressalvadas as hipóteses em que seja possível a superação do entendimento pela existência de flagrante ilegalidade, seja por meio da concessão de habeas corpus ou atribuindo-se efeito suspensivo a eventual recurso especial ou extraordinário.

Contudo, no presente writ, verifico, conforme consulta ao sítio eletrônico do eg. Tribunal de origem, que muito embora os recursos de apelação tenham sido julgados em **9/8/2016 (com disponibilização do v. acórdão em 23/8/2016)**, ainda não se encerrou a jurisdição promovida em segunda instância, haja vista a interposição do recurso de embargos infringentes e de nulidade, **ainda pendentes de julgamento** (autos conclusos à relatoria em 29/11/2016).

Não se mostra possível, portanto, no caso, a execução provisória da pena, tal como já consignado pelo col. Supremo Tribunal Federal.

Cito, ainda, neste sentido, os seguintes precedentes desta Corte, que corroboram tal posicionamento:

"HABEAS CORPUS. DUPLICATA SIMULADA. ART. 172, C/C O ART. 71 DO CP. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. DETERMINAÇÃO DE EXPEDIÇÃO IMEDIATA DE MANDADO DE PRISÃO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. POSSIBILIDADE. PENDÊNCIA DE APRECIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA ORIGEM.

1. Nos termos do disposto no art. 105, I, c, da Constituição Federal, compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar habeas corpus contra atos de Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais.

2. No caso, muito embora o Juiz tenha garantido ao réu o direito de recorrer em liberdade até o trânsito em julgado da condenação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e apesar de o Ministério Público não ter recorrido nem apresentado pedido de prisão, a Câmara julgadora, ao negar provimento à apelação, determinou a imediata expedição de mandado de prisão contra o apelante.

3. Nem o recurso especial, nem o recurso extraordinário, desprovidos de efeito suspensivo, obstam o início da execução provisória da pena, uma vez que os julgamentos realizados pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal não se vocacionam a permear a discussão acerca da culpa, e, por isso, apenas excepcionalmente teriam, sob o aspecto fático, aptidão para modificar a situação do sentenciado.

4. Quanto a eventuais equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias, sempre haverá outros mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena.

5. Para que seja ajuizada medida cautelar ou impetrado habeas corpus em tais circunstâncias, há de haver plausibilidade jurídica nas teses apresentadas no recurso.

6. Na espécie, não há verossimilhança das alegações deduzidas, não sendo perceptível, a propósito dos pontos suscitados, contrariedade do acórdão com a jurisprudência consolidada desta Corte, seja pela ausência de flagrante ilegalidade, seja pela inviabilidade do reexame aprofundado das provas.

7. Ordem concedida apenas para garantir a liberdade do paciente até que os embargos de declaração opostos ao julgamento da apelação sejam julgados na Corte estadual" (HC n. 349.749/PR, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 13/6/2016).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. MÉRITO. ANÁLISE DE OFÍCIO. DENÚNCIA: TRÁFICO DE DROGAS. CONDUTA DESCLASSIFICADA, PELO JUÍZO PROCESSANTE, PARA A DESCRIÇÃO TÍPICA DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. RECURSO DA ACUSAÇÃO. CONDENAÇÃO, POR TRÁFICO DE DROGAS, EM SEGUNDA INSTÂNCIA. PRISÃO DECRETADA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. GRAVIDADE ABSTRATA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ESGOTAMENTO RECURSAL NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PENDENTES DE JULGAMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. No particular, a paciente respondia ao processo em liberdade e, em primeira instância, sua conduta foi desclassificada para a adequação típica do art. 28 da Lei n. 11.343/2006. Em recurso da acusação, entretanto, ela foi condenada, por tráfico de drogas, à pena privativa de liberdade de 6 (seis) anos de reclusão, no regime inicial fechado. O Tribunal de origem determinou, ainda, a imediata expedição de mandado de prisão.

3. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência (HC n. 126292, julgado no dia 17 de fevereiro de 2016).

4. No caso, o acórdão impetrado não apontou dados concretos, à luz do art. 312 do Código de Processo Penal, a respaldar a segregação cautelar; somente faz referência à gravidade abstrata do delito e a artigos de lei, não ressaltando qualquer aspecto relevante que demonstre o efetivo risco à ordem pública, caso a paciente seja mantida em liberdade. Referências aos termos da lei processual e uma análise teórica, com termos genéricos, sem apontar dados objetivos da suposta conduta perpetrada pela paciente não são hábeis para justificar a prisão cautelar.

5. Ademais, e por outro lado, não é possível dar início à execução provisória da pena porque a segunda instância não encerrou o julgamento da ação penal originária. Pende de julgamento embargos de declaração (com efeitos infringentes) opostos pela defesa. O Ministério Público noticiou, ainda, a oposição de embargos infringentes. Por fim, o regime inicial fechado foi fixado pelo Tribunal em virtude da gravidade abstrata e da hediondez do crime. Constrangimento ilegal configurado.

6. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que a paciente aguarde em liberdade, pelo menos, o exaurimento da jurisdição do Tribunal de origem, salvo se por outro motivo estiver presa" (HC n. 343.302/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 13/6/2016).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vislumbro, portanto, ilegalidade passível de ser sanada pela concessão da ordem, já que verificada, na hipótese, **a inexistência de encerramento da jurisdição do eg. Tribunal de origem.**

Por outro lado, verifico que a paciente está sofrendo constrangimento ilegal no que tange ao **regime prisional** estabelecido, o que permite a concessão da ordem **de ofício**, no ponto.

Isso porque 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, **sendo este o caso dos autos.**

Para delimitar a **quaestio**, colaciono o seguinte excerto da r. sentença condenatória, no **punctum saliens**:

"Fixo-lhe a pena.

Culpabilidade - grau de reprovabilidade da conduta - tenho que própria do tipo, não havendo nos autos quaisquer elementos que indiquem ser superior ao perigo social causado pela ação delitiva.

A denunciada não registra **antecedentes** criminais.

Não há nos autos elementos probatórios suficientes para caracterização de sua **personalidade** - conjunto dos atributos psicológicos que determinam o caráter - e a **conduta social** - comportamento do agente junto à sociedade.

Com relação aos **motivos** - inerentes ao tipo: intuito de lucro fácil. **Circunstâncias** - 'modus operandi' - também próprias deste delito. As **consequências**, tenho que graves, porém tidas como natural em crimes desta espécie, não havendo dano maior que aquele inerente a este delito.

Considerando que as circunstâncias judiciais são, em sua maioria, favoráveis a denunciada, **fixo a pena base em cinco anos de reclusão e quinhentos dias/multa.**

Não há atenuantes ou agravantes que incidam no caso.

A denunciada preenche os requisitos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, pelo que diminuo a pena em 2/3, fixando-a em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e cento e sessenta e seis dias/multa.

A pena de multa terá o valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do fato e corrigido quando da execução.

Quanto ao regime prisional, considerando a gravidade do delito cometido - análogo aos hediondos - cujos resultados funestos repercutem diretamente na sociedade, verifico que o regime mais adequado para garantir que as finalidades da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sanção sejam atingidas é o inicialmente fechado. Neste sentido: 'O tráfico de drogas é crime abjeto e deve ser reprimido à altura de sua gravidade' (TJSP - HC 106.087-3). Além do mais, a Lei 11.464/07, ao banir o cumprimento da pena em regime integralmente fechado para os crimes hediondos e equiparados, determinou expressamente em nova redação conferida ao art. 2º, § 1º que 'A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado'.

Ressalta a jurisprudência:

[...]

Preenchendo a denunciada os requisitos legais elencados no art. 44, incisos I, II e III, do CPB, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos consistentes na prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana, nos termos a serem definidos pelo MM. Juiz da execução" (fls. 23-25, grifei).

O eg. Tribunal de origem, ao negar provimento à apelação da defesa e dar parcial provimento ao recurso do Ministério Público, assim consignou quanto à dosimetria da pena:

"- Pena:

*Na primeira fase, o douto Sentenciante de Primeiro (1º) Grau, após análise favorável das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, **fixou a pena-base no mínimo legal, ou seja, em cinco (05) anos de reclusão** e pagamento de quinhentos (500) dias-multa, à razão mínima (f. 182/182-v).*

Neste ponto, verifica-se que a sentença não está a merecer qualquer reparo. Com efeito, não obstante a natureza do entorpecente arrecadado - crack -, tem-se que este foi apreendido em pequena quantidade (7,29g), o que não justifica, isoladamente, a fixação da pena-base em patamar superior ao mínimo legal.

Assim, na primeira fase, mantenho a reprimenda inalterada.

Na segunda fase, ausentes circunstâncias atenuantes e agravantes, a reprimenda provisória fica mantida em cinco (05) anos de reclusão e quinhentos (500) dias-multa, à razão mínima.

Na terceira fase, presente a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, o d. Magistrado Singular diminuiu a reprimenda da acusada em dois terços (2/3), passando-a para um (01) ano e oito (08) meses de reclusão e cento e sessenta e seis (166) dias-multa, à razão mínima. Reconhecida por esta Instância Revisora a majorante descrita no art. 40, VI, da Lei de Tóxicos, elevo a pena em um sexto (1/6), concretizando-a no patamar de um (01) ano, onze (11) meses e dez (10) dias de reclusão, mais pagamento de cento e noventa e quatro (194) dias-multa, à razão de um trigésimo (1/30) do salário mínimo vigente ao tempo do fato.

O regime prisional deve ser mantido no fechado, em razão da expressa disposição do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, in verbis:

'Art. 2º. Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I - anistia, graça e indulto;

II - fiança. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado'.

Registre-se que não se desconhece a declaração incidental pelo Supremo Tribunal Federal, através do Habeas Corpus (HC) 111840, acerca da inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90. Contudo, considerando que seus efeitos são restritos ao processo e às partes, deve o regime prisional permanecer no fechado, nos termos da citada norma legal.

Assim, mantenho o regime fechado para o início do cumprimento da pena, tal como fixado na sentença (f. 182-v).

Noutro giro, vejo que razão assiste ao Ministério Público ao pleitear o decote da substituição da pena.

Com efeito, não há que se falar na substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos nos delitos de tráfico de drogas, uma vez que a Lei 11.343/06 a proíbe expressamente, em seu art. 44, in verbis:

'Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto., anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos'.

Em que pese o Senado Federal ter editado a Resolução 05/2012, suspendendo a execução da expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos' prevista no § 4º do art. 33 da Lei Antidrogas, tem-se que a vedação constante no art. 44 da mesma Lei continua em plena vigência.

Ademais, além da vedação legal acima citada, entendo que os requisitos subjetivos previstos no art. 44 do Código Penal não restaram preenchidos, já que a medida não se mostra suficiente nem recomendável à prevenção e reprovação do crime, cujas consequências são tão danosas para a sociedade.

Destaque-se que foram apreendidas dezenove (19) pedras de crack, pesando pouco mais de sete gramas (7g), e que o delito foi cometido na companhia de uma adolescente.

Cabe ressaltar, a toda evidência, que a conduta típica pela qual a apelante foi condenada é aquela prevista no art. 33, caput, da Lei 11.343/06, sendo certo que o fato de o § 4º, do mesmo dispositivo legal, ter sido aplicado ao acusado não traduz o reconhecimento de nova figura do tipo penal ou mesmo comportamento que ensejasse menor rigor na aplicação da lei específica. É tão somente a possibilidade de diminuição da pena que o legislador houve por bem reservar àqueles que preenchessem determinados requisitos, o que não autoriza a assertiva de que, em razão da aplicação de tal instituto, o condenado poderia usufruir de benefícios que a lei não autoriza.

Destarte, decoto o benefício do art. 44 do Código Penal" (fls. 87-90, grifei).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Acerca do regime prisional, como cediço, insta consignar que o Plenário do col. **Supremo Tribunal Federal** declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07, não sendo mais possível a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base apenas no mencionado dispositivo legal. Em outras palavras, o estabelecimento do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração os critérios constantes dos artigos 33 e 59, ambos do Código Penal.

Este, aliás, é entendimento perfilhado por esta Corte, consoante se verifica dos seguintes precedentes:

"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 - grifei).

"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.*

[...]" (HC n. 271.147/SP, **Sexta Turma**, Rel.^a Min.^a **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 26/9/2014 - grifei).

Ademais, a jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que o deferimento do **regime aberto** se dá desde que preenchidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, c, e § 3º, e do art. 59 do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos e a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Verifica-se, na presente hipótese, que a pena-base foi fixada no mínimo legal, pois consideradas favoráveis todas as circunstâncias judiciais. Além disso, a pena final não excede quatro anos de reclusão e a paciente é primária.

Diante desse contexto, forçoso reconhecer a ocorrência de flagrante ilegalidade, eis que não há razão para não conceder o **regime aberto** para o início do cumprimento da reprimenda. Neste sentido, os seguintes precedentes deste **Superior Tribunal de Justiça**:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PENA INFERIOR À 4 (QUATRO) ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. ENUNCIADOS 440 DO STJ E 718 E 719 DO STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. *Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Conforme o entendimento reiterado desta Corte, a gravidade abstrata acerca do crime, não justifica a fixação de regime prisional mais gravoso, sobretudo quando o condenado é primário e detentor de bons antecedentes e a pena-base foi fixada no mínimo legal, como na hipótese. Viola o entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula 440 do Superior Tribunal de Justiça e nas Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

3. O quantum da condenação (3 anos e 6 meses), a primariedade e a análise favorável das circunstâncias judiciais permitem ao paciente iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime aberto, conforme art. 33, § 2º, alínea "c", do CP.

4. Havendo o paciente preenchido os requisitos do art. 44 do Código Penal, deve a pena corporal ser substituída por penas restritivas de direitos.

5. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo competente" (HC n. 327.852/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 9/12/2015).

"AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. REGIME PRISIONAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO CONTIDA NO § 1º DO ART. 2º DA LEI N. 8.072/90. SÚMULAS 440/STJ, 718 E 719/STF.

1. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (HC n. 111.840/ES), possibilitando aos condenados por crime de tráfico de drogas cumprir pena em regime prisional inicial diverso do fechado.

2. **Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito (Súmula 440/STJ).**

3. Agravo regimental improvido" (AgRg no HC n. 283.157/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 2/4/2014, grifei).

Tal entendimento encontra-se, inclusive, sumulado, conforme pode se depreender dos enunciados n. **718** e **719** da Súmula/STF, e n. **440** da Súmula/STJ, os quais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

transcrevo a seguir, respectivamente:

"A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada."

"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."

"Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito."

Ademais, 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.

Ante o exposto, **concedo a ordem** para que a paciente aguarde em liberdade o exaurimento da jurisdição perante o eg. Tribunal de origem, permitindo-se, posteriormente, a execução provisória da pena, tal como já consignado pelo Supremo Tribunal Federal, e, **de ofício, concedo a ordem** para fixar o regime inicial **aberto** para o cumprimento da pena, com a consequente conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal, a serem estabelecidas pelo juiz da execução.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0242720-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 371.239 / MG

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0024132466988 0024132466988001 10024132466987001 24132466988 24132466988001
24669883820138130024

EM MESA

JULGADO: 15/12/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : ELIZABETE RIBEIRO COSTA

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, deferiu o 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.