



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 346.070 - SP (2015/0322774-8)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : MARIA CRISTINA HERRADOR RAITZ CERVENCOVE E OUTRO
ADVOGADO : MARIA CRISTINA HERRADOR RAITZ CERVENCOVE E OUTRO(S) - SP124671
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANTONIO COSTA DE CARVALHO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PENA INFERIOR A 4 ANOS. REGIME PRISIONAL FECHADO. HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. VARIEDADE E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS (460,10 GRAMAS DE "MACONHA" E 15,54 GRAMAS DE COCAÍNA). GRAVIDADE CONCRETA. REGIME SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO. GRAVIDADE CONCRETA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. Quanto ao regime fechado, o Plenário do Supremo Tribunal Federal – STF, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

3. Apesar da fundamentação inidônea apresentada pelas instâncias ordinárias, o Superior Tribunal de Justiça – STJ tem entendido que a gravidade concreta, evidenciada pela natureza e/ou quantidade dos entorpecentes apreendidos, autoriza a imposição de regime prisional mais gravoso.

In casu, embora a primariedade do paciente e o *quantum* de pena aplicada (art. 33, § 2º, "b", do Código Penal – CP) permitam, em tese, a fixação do regime aberto, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas (art. 42 da Lei n. 11.343/06) justificam a imposição do regime mais gravoso, no caso o semiaberto, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do CP e com a jurisprudência desta Quinta Turma. Precedentes.

4. No julgamento do HC n. 97.256/RS, a Suprema Corte reconheceu a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, por meio da Resolução n. 5/2012, passando a admitir a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados por tráfico de entorpecentes, nos termos do art. 44 do CP.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Da mesma forma, no caso em apreço, todavia, apesar da fundamentação imprópria apresentada pelo Magistrado sentenciante – gravidade abstrata do delito –, o STJ tem entendido que a gravidade concreta, evidenciada pela natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos (7 porções de "maconha", com peso total de 460,10g, e 1 porção de cocaína, com peso aproximado de 15,54g), constitui elemento indicativo de que a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos não seja suficiente para a prevenção e repressão do delito no caso concreto. Precedentes.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para 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 de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de setembro de 2016(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 346.070 - SP (2015/0322774-8)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : MARIA CRISTINA HERRADOR RAITZ CERVENCOVE E OUTRO
ADVOGADO : MARIA CRISTINA HERRADOR RAITZ CERVENCOVE E OUTRO(S) - SP124671
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANTONIO COSTA DE CARVALHO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de ANTONIO COSTA DE CARVALHO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido no HC n. 2205032-46.2015.8.26.0000.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, e § 4º, da Lei n. 11.343/06 (tráfico privilegiado). Não houve apelação.

A defesa impetrou o *mandamus* perante o Tribunal de origem, o qual denegou a ordem, em acórdão assim ementado:

HABEAS CORPUS - Ataque à sentença penal condenatória - Alegação de ilegalidade na estipulação do regime penitenciário e não substituição por restritiva de direitos - Decisão fundamentada - Inteligência do art. 68 e 33, ambos do CP - Ausência de ilegalidade no tolhimento do direito de locomoção - Ordem denegada (voto n. 27762) (fl. 124).

Daí o presente *writ*, no qual a defesa alega que a gravidade abstrata do delito não pode ser utilizada para fundamentar imposição de regime mais gravoso, conforme entendimento jurisprudencial estabelecido nos enunciados n. 718 e 719 da Súmula da Suprema Corte.

Sustenta, ainda, que a obrigatoriedade de fixação de regime fechado está pautada em dispositivos julgados inconstitucionais pelo STF.

Por fim, afirma que o paciente faz jus à substituição da pena por restritiva de direitos.

Pugna, assim, pela fixação do regime inicial aberto, bem como pela substituição da pena por restritiva de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O pedido liminar foi indeferido (fl. 101), as informações foram devidamente prestadas (fls. 108/132) e o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem (fls. 137/140).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 346.070 - SP (2015/0322774-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, a fixação do regime inicial aberto, bem como a substituição da reprimenda por restritiva de direitos.

O regime fechado foi fixado pelas instâncias ordinárias com base exclusivamente na hediondez do delito, fundamento considerado insuficiente pela jurisprudência desta Corte, tendo em vista a declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º, do art. 2º, da Lei n. 8.072/90, que prevê a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os crimes hediondos.

Confirmam-se, a propósito, os seguintes trechos da sentença condenatória e do acórdão recorrido:

Sentença (fls. 111/112): Individualização da pena: atento às diretrizes preconizadas no art. 42, da Lei de Drogas e art. 68, caput, do Código Penal, passo ao cálculo: a) Circunstâncias judiciais (CP, art. 59): sem máculas em seu passado, faz jus à pena-base no piso legal, não fosse a razoável quantidade de drogas. De todo modo, esta circunstância negativa não servirá para majorar a pena-base, mas para impedir a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, com redução integral; b) Circunstâncias legais (CP, arts. 61, 62 e 65): não se fizeram presentes; c) **Causas de aumento e diminuição de pena: nesta etapa, verifico que o réu não faz jus à redução máxima prevista na causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, por conta da quantidade de drogas diversas apreendida em seu poder. Reduzo a pena de metade. Ausentes outras modificadoras, torno a pena definitiva. O regime de pena será o fechado, nos termos do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, acrescentando-se que se trata de crime assemelhado à hediondo e que impõe maior rigor no tratamento penal, sobretudo, considerando os malefícios sociais causados por aqueles que, a exemplo do réu, se envolvem no tráfico de drogas. Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a ação penal ajuizada pela Justiça Pública contra ANTONIO COSTA DE CARVALHO e o declaro incurso nas penas do art. 33, caput, e § 4º, da Lei 11343/06 e o**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condeno a cumprir uma pena privativa de liberdade de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, no regime fechado, e ao pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no piso mínimo previsto em lei. Analisando a detração penal, a teor do artigo 387, § 2º, do CPP constato que o réu ainda não preencheu o requisito objetivo que lhe possibilitaria a progressão imediata de regime de pena. Não poderá recorrer em liberdade, devendo ser recomendado na prisão em que se encontra. Justifica-se a custódia cautelar, uma vez que o tráfico de drogas deve ser reprimido severamente pelo Poder Judiciário, tendo em conta os malefícios indescritíveis que provoca na sociedade, impondo-se tratamento mais rigoroso. **Este Juízo entende que não existe regime outro a ser aplicado em crimes de tráfico de drogas, porquanto a saúde pública resta profundamente atingida com condutas da espécie. Por esta mesma razão, não aceita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, haja vista a contaminação que traficantes produziram na convivência com condenados potencialmente em recuperação para a vida em sociedade.**

Acórdão (fls. 25/26): Da leitura da decisão alvejada, não se constata ilegalidade a ensejar a concessão da ordem nesta ação constitucional.

Explicitou o Juízo os fundamentos nos quais embasou sua convicção no cálculo da pena, ausente assim ofensa ao art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

No tocante à verificação da legalidade do modo com que operado o cálculo da pena, vê-se que atendeu o magistrado o sistema trifásico de aplicação da pena, motivada a fixação da pena-base no mínimo legal, mantida a provisória tal qual a base pela ausência de agravantes e atenuantes, reduzida a pena na terceira etapa com fundamento no art. 33, §4º, da Lei Antidrogas, expostos os fundamentos pelos quais aplicou o redutor pela metade, bem como porque estipulou o regime inicial fechado e não substituiu a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tudo nos termos do art. 68 e art. 33, ambos do Código Penal.

Não há, nesse quadro, ato da autoridade impetrada que impõe ilegalmente tolhimento ao direito de locomoção do paciente, fundamentada a decisão proferida por juiz de Direito legal e constitucionalmente investido na judicatura e proferida com amparo na Constituição Federal e na legislação ordinária.

De início, constata-se que o paciente foi preso em flagrante pois mantinha em depósito 7 porções de "maconha", com peso total de 460,10g, e 1 porção de cocaína, com peso aproximado de 15,54g (fl. 24).

No que se refere ao regime prisional, verifico que a sua imposição está lastreada exclusivamente na vedação legal, o que vai de encontro com a jurisprudência



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desta Corte, conforme se verifica:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. DESPROPORCIONALIDADE. ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- 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.

- **O Supremo Tribunal Federal, 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, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59 do Código Penal.**

- No caso, o quantum da pena (2 anos e seis meses de reclusão) e a primariedade do paciente levariam a fixação do regime aberto. No entanto, tendo em vista que as circunstâncias judiciais não lhe são favoráveis, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo, e as circunstâncias do caso concreto (quantidade e variedade da droga e o envolvimento de três adolescentes) a fixação do regime de cumprimento de pena no semiaberto se mostra adequado para a repressão do delito.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto para cumprimento da pena privativa de liberdade (HC 324.129/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 07/10/2015).

Ademais, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 2º, da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Cumpre transcrever a ementa do referido julgado:

Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida. 1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados. 2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado. 3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto. 4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal. 5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que “[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado (HC 111840, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/06/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-249 DIVULG 16-12-2013 PUBLIC 17-12-2013).

Dessa forma, o regime prisional não pode ser agravado com base em fundamentação inidônea, como no caso do autos.

Todavia, apesar da primariedade do paciente e do *quantum* de pena aplicado, inferior a 4 anos (art. 33, § 2º, b, do Código Penal – CP) permitirem, em tese, a fixação do regime aberto, a quantidade e variedade de drogas apreendidas (art. 42 da Lei n. 11.343/06) justificam a imposição de regime mais gravoso, no caso o semiaberto, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do CP e com a jurisprudência desta Quinta Turma.

Nesse sentido:

**HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO
PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA FIGURA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. INVIABILIDADE. INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS ESTABELECEM QUE O PACIENTE DEDICA-SE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. REFERÊNCIAS À HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. REGIME MAIS GRAVOSO MANTIDO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE ENSEJAM A NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. 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.

- Esta Corte Superior tem decidido que a quantidade, a variedade e a nocividade da droga, bem como as circunstâncias nas quais foi apreendida, evidenciam a dedicação do réu à atividade criminosa e, em decorrência, podem embasar o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- Hipótese em que não foi reconhecida a figura do tráfico privilegiado pelas instâncias ordinárias com base na quantidade e variedade das drogas apreendidas (11 trouxinhas de maconha, 7 de crack e 27 invólucros de cocaína) e das circunstâncias em que o delito ocorreu, as quais indicam que o paciente dedicava-se a atividades criminosas. Modificar tal conclusão requer o revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus.

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

- O regime de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena comporta pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.

- No caso, devem ser afastadas as referências feitas, na sentença e no acórdão recorridos, à hediondez do delito de tráfico como fundamentação para a fixação do regime mais gravoso. Todavia, é de ser mantido o regime fechado, pois há circunstância concreta que recomenda o regime mais gravoso, qual seja, a quantidade, a variedade e a nocividade das drogas apreendidas, tanto que não foi reconhecida a figura do tráfico privilegiado, de modo que deve ser mantido o regime fechado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido (HC 290.729/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 15/04/2016).

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS NATUREZA. PREVISÕES LEGAIS DECLARADAS INCONSTITUCIONAIS PELO STF. FUNDAMENTO TAMBÉM COM BASE NA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA (99 INVÓLUCROS CONTENDO APROXIMADAMENTE 20 GRAMAS DE COCAÍNA). FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. CONDENAÇÃO NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO. FUNDAMENTO CONCRETO PARA A FIXAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO - O SEMIABERTO - E NÃO O FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. Desde o julgamento do HC 111.840/ES (Rel. Min. DIAS TOFFOLI) foi declarada inconstitucional, incidenter tantum, pelo Plenário do STF a previsão legal (art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/90, na redação da Lei n. 11.464/2007) que determinava a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, devendo as regras do art. 33 do CP ser utilizadas também na fixação do regime prisional inicial dos crimes hediondos e equiparados, não subsistindo, outrossim, a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, prevista na parte final do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, tendo sido declarado inconstitucional o dispositivo, pelo Pleno do STF, quando do julgamento do HC n. 97.259 (Rel. Min. CARLOS AYRES BRITTO - DJe 16/2/2010), na parte relativa à proibição da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Com a edição da Resolução 05/2012, em 15/2/2012, do Senado Federal, foi suspensa a execução da vedação legal.

3. Nos termos do entendimento firmado pelo STJ, a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar tanto a imposição do regime mais severo, quanto o indeferimento da substituição das penas, inexistindo, portanto, ilegalidade a ser sanada. Precedentes.

4. Embora válido o fundamento para o recrudescimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado, ao réu primário, condenado à pena reclusiva não superior a 4 anos - 2 anos e 6 meses - cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal, fazendo jus o paciente ao regime semiaberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva* (HC 338.541/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 07/12/2015).

Quanto à substituição da reprimenda por restritiva de direitos, constato que, no julgamento do HC n. 97.256/RS da Suprema Corte, foi reconhecida a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, por meio da Resolução n. 5/2012, passando a admitir o referido benefício, nos termos do art. 44 do Código Penal - CP.

Na hipótese, apesar da vedação a referida benesse pelo Magistrado sentenciante com base na gravidade abstrata do delito, não evidencio constrangimento ilegal, pois, apesar da fundamentação inidônea apresentada, o STJ tem entendido que a gravidade concreta, evidenciada pela natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos, constitui elemento indicativo de que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não seja suficiente para a prevenção e repressão do delito no caso concreto.

Confirmam-se os julgados desta Corte Superior de Justiça:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA HEDIONDEZ DO CRIME. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA QUANTO AO REGIME MAIS GRAVOSO. PENA INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. NEGATIVA EM VIRTUDE DA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos.

- Considerando que a pena foi fixada em 2 anos e 6 meses de reclusão, pela primariedade da acusada e pela análise favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal, mas, por outro lado, tendo em vista a não aplicação da minorante no patamar máximo de 2/3, em razão da quantidade e diversidade da droga apreendida, deve ser fixado o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal.

- Nos termos do ressaltado pelo Tribunal a quo, embora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o quantum de pena fixado seja inferior a 4 (quatro) anos, preenchendo, portanto, o requisito objetivo, a natureza e a quantidade elevada do entorpecente apreendido - 60 pedras de crack e 47 buchas de maconha - não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto (HC 323.006/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 24/11/2015).

AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO. AFRONTA À DECISÃO DO STJ. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Não há falar em desrespeito à decisão proferida por este Tribunal Superior, pois o magistrado a quo acatou prontamente a determinação vertida no decisum do eminente Ministro Moura Ribeiro, além disso, ab initio, fundamentou suficientemente sua decisão.

2. O ajuizamento da presente reclamação é evidentemente incabível para os fins pretendidos, pois a insurgência diz respeito à pretensão de determinação de habeas corpus de ofício para que o reclamante possa aguardar em liberdade o julgamento dos recursos que impugnaram a decisão do Juízo singular, pretensão não amparada legalmente pelo instituto da reclamação, nos termos do art. 105, I, f, da Constituição da República, c/c o art. 187 do RISTJ.

3. A jurisprudência deste Tribunal entende que se faz devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado, bem como a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão da natureza, da quantidade e da variedade das drogas apreendidas.

4. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.

5. Agravo regimental improvido (AgRg na Rcl 21.663/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 05/12/2014).

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer do *habeas corpus*, mas concedo a ordem de ofício para fixar o regime inicial semiaberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0322774-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 346.070 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00000135920148260567 135920148260567 20452014 22050324620158260000

EM MESA

JULGADO: 27/09/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARIA CRISTINA HERRADOR RAITZ CERVENCOVE E OUTRO
ADVOGADO : MARIA CRISTINA HERRADOR RAITZ CERVENCOVE E OUTRO(S) -
SP124671
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANTONIO COSTA DE CARVALHO (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.