



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 288.407 - SP (2014/0030032-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JOÃO HENRIQUE IMPERIA MARTINI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ERIC DOMINGOS DE BRITO (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. FIXADO REGIME INICIAL FECHADO E NEGADA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA COM BASE NA HEDIONDEZ, NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO E NA VEDAÇÃO LEGAL. ILEGALIDADE MANIFESTA. OCORRÊNCIA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO *IN CONCRETO* DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.
2. Hipótese em que há flagrante ilegalidade a ser sanada. 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.
3. *In casu*, a imposição do regime inicial fechado e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos basearam-se, exclusivamente, na hediondez, na gravidade abstrata do delito e na vedação legal, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.
4. 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.
5. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastados a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas e óbice do art. 44 da Lei n.º 11.343/06, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 05 de agosto de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 288.407 - SP (2014/0030032-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JOÃO HENRIQUE IMPERIA MARTINI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ERIC DOMINGOS DE BRITO (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ERIC DOMINGOS DE BRITO, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 0004210-90.2013.8.26.0050).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 2 anos de reclusão, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, em regime inicial fechado, negada a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Colhe-se da sentença:

(...) Pelas razões expostas, afasto o pedido de absolvição por insuficiência de provas da autoria e de desclassificação para o crime de posse de droga para consumo próprio. Passo a fixar as penas. O réu é primário e sem antecedentes criminais, ademais, a quantidade de drogas não autoriza a elevação das penas, portanto, fixo-as no seu mínimo legal, cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa. Não há circunstâncias agravantes a considerar. Deixo de atenuar as penas pela menoridade em razão da impossibilidade de redução delas para aquém do mínimo legal em que já fixadas por força de atenuante genérica, tem aplicação a Súmula 231 do STJ. A Lei n.º 11.343/2006, no artigo 33, § 4º inovou ao estabelecer nova causa de diminuição de pena calcada na primariedade e bons antecedentes do acusado que não se dedique às atividades criminosas e não integre organização criminosa, esta é a hipótese dos autos. Como dito, o réu é primário e de bons antecedentes e não há evidência alguma de que integre alguma organização criminosa. Portanto, reduzo as penas fixadas em 3/5 estabelecendo-as em definitivo em dois anos de reclusão e duzentos dias-multa, redução determinada pela quantidade razoável e variedade de drogas apreendidas. O regime de cumprimento de pena será, de início, o fechado. Tem aplicação a Lei n.º 11.464 de 28 de março de 2007 que alterou a Lei n.º 8.078/90 e permitiu a progressão de regime prisional nos crimes hediondos e equiparados. Neste ponto, consigno não vislumbrar qualquer inconstitucionalidade na fixação legal de regime inicial mais gravoso, pois a Constituição Federal no seu artigo 5º, XLIII autoriza o legislador ordinário a estabelecer restrições ou vedar a concessão de benefícios aos agentes de crimes hediondos e equiparados. Ademais entendo que o regime mais brando não se mostra suficiente para a prevenção e repressão da prática de crimes, aspectos norteadores também da fixação do regime inicial de cumprimento de pena, artigo 59, III do Código Penal. É certo serem as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

porém, não vislumbro a relação necessária entre a quantidade da pena e o regime inicial de seu cumprimento, embora estabelecidos em fundamento nas mesmas circunstâncias. A fixação da pena-base e do regime inicial são etapas distintas da determinação da reprimenda a ser imposta ao agente do crime, estas fases estão sujeitas à suficiência para a reprovação da conduta e para a prevenção da prática do delito, suficiência que nem sempre se mostra igualmente presente na avaliação da pena-base e do regime inicial de seu cumprimento fixados com base naquelas circunstâncias. Outro aspecto deve ser considerado na avaliação de adequação e suficiência do regime inicial de cumprimento da pena fixada. O tráfico de drogas é fator concreto de desagregação social, é efeito nefasto dele o incremento desmedido da criminalidade, organizações criminosas estruturam para a sua exploração, é crime a incrementar a corrupção e a fomentar a prática de crimes contra o patrimônio por todos aqueles que buscam nesta via o dinheiro necessário para o custeio do consumo da droga, neste contexto, não se mostra socialmente recomendável a fixação de regime mais brando que o fechado para início de cumprimento da pena. Não altera o regime inicial fixado a aplicação da Lei n.º 12.736 de 08/12/2012. Considero que a norma estabeleceu apenas mais um elemento a ser levado em conta pelo juiz ao fixar o regime inicial de cumprimento de pena, fixação esta ainda adstrita à suficiência deste regime para a prevenção e reprovação da prática de crimes, artigo 59, III do Código Penal. Não se trata de norma a determinar simples progressão de regime, simplificação da regra legal a importar na sua inconstitucionalidade. Realmente, a norma feriria o princípio do livre convencimento motivado do juiz, a quem cabe, à vista dos fatos e circunstâncias demonstradas no processo, dizer qual o regime inicial de cumprimento de pena mais adequado para o agente condenado pela prática de determinado crime, fixação adstrita, neste contexto, somente à suficiência para a prevenção e repressão da prática de crimes. Atentaria, ainda, contra o princípio da isonomia por conferir tratamento desigual para réus com direito à fixação do mesmo regime inicial de cumprimento de pena e apenas em função do fortuito cumprimento de lapso de tempo de prisão cautelar por um deles. Assim para aquele réu preso provisoriamente a lei dispensa o atendimento de requisito subjetivo enquanto o outro, a responder solto à ação penal, seria obrigado a atender este requisito quando da execução da pena para ver reconhecido o direito à progressão. Ademais, nem mesmo o lapso temporal seria, eventualmente, aquele exigido pela lei de execução penal para a progressão de regime, basta que o tempo de prisão provisória cumprida seja suficiente para alteração dos regimes iniciais estabelecidos no artigo 33 do Código Penal para que se configure a iníqua desigualdade entre o réu provisoriamente preso e o réu a responder solto à ação penal. Outro aspecto deve ser considerado. A regra, caso tomada como simples determinação de progressão de regime, viola o princípio do juiz natural, pois atribui ao juiz do processo de conhecimento competência para apreciar e decidir matéria afeita ao processo de execução penal, artigo 66, III, "b" da Lei de Execuções Penais. Saliento aqui que o juiz a presidir a ação penal nem sempre possui a sua disposição informações imprescindíveis para decidir sobre a possibilidade de progressão, notadamente antes de unificação de penas impostas ao réu em diferentes processos, nos termos do artigo 111 da Lei de Execuções Penais. Pelas mesmas razões também não vejo adequação e suficiência nas aplicações da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e o artigo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

44, III do Código Penal relaciona a possibilidade de substituição à suficiência da pena restritiva para a prevenção e reprobção da prática de crimes, preservando, assim, a adequação desta substituição à defesa da sociedade. Dadas as condições econômicas do réu, fixo no piso legal o valor de cada dia-multa. Posto isto, julgo PROCEDENTE a ação penal e CONDENO o réu ERIC DOMINGOS DE BRITO ao cumprimento de dois anos de reclusão em regime inicial fechado e ao pagamento de duzentos dias-multa, cada dia no piso legal, por infração ao artigo 33 "caput" da Lei 11.343/06. Mantenho a prisão preventiva do réu para a garantia da ordem pública, dados os efeitos negativos para a sociedade advindo do tráfico de drogas, crime grave a determinar o recrudesimento da criminalidade que hoje intranquiliza a sociedade. Recomende-se na prisão em que se encontra. Transitada em julgado, lance-se o nome do réu no rol dos culpados (fls. 22/24).

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de origem negou provimento, em acórdão assim fundamentado:

(...)

Por outra parte, indiscutível que, para o delito de tráfico de drogas, o regime inicial é o fechado. Todo indivíduo que participa de narcotráfico revela extrema periculosidade.

O crime em tela intranquiliza a população e vem crescendo, causa problemas gravíssimos ao bom convívio familiar. O bom filho torna-se rebelde, desrespeitador, violento, furta dos próprios pais e não raramente pratica agressões contra eles, violência esta que não pode ser tolerada, tudo para obtenção da droga. Acaba se transformando em traficante para sustentar o vício. A tranqüilidade da família desaparece e em seu lugar passa a reinar o que há de pior, causando problemas de seriedade incontestável.

Essa difusão há de ser coibida pelo Estado-Juiz, o qual, ao impor regime mais rigoroso, não só retirará o malfeitor perigoso do convívio social, mas também evitará que ele continue a exercer suas atividades ilícitas, viciando pessoas e destruindo famílias.

Por fim, impossível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Sabemos que é vedada tal substituição, nos termos do art. 44, da Lei de Drogas, vez que se trata de crime equiparado a hediondo.

(...)

É bem verdade que o Senado Federal editou a Resolução nº 05/2012, que dispõe:

"Art. 1º. É suspensa a execução da expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS. "

A decisão pela inconstitucionalidade do art. 44, da Lei nº 11.343/06, deu-se incidenter tantum pelo C. Supremo Tribunal Federal, em maioria apertada, e a Resolução foi editada com o intuito de expandir os limites subjetivos do decisor.

Não obstante, ainda que suspensa por inconstitucionalidade o contido no § 4º do art. 33, tem-se que o art. 44 da mesma lei continua em pleno



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vigor. Preleciona tal dispositivo:

"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."

Além disso, o tratamento mais rigoroso estabelecido na Lei nº 11.343/06 é incompatível com a aplicação do referido benefício.

Posto isso, nego provimento ao apelo defensivo e mantenho íntegra a r. sentença combatida, também por seus fundamentos (fls. 31/33).

Daí a presente impetração, alegando que o regime fechado viola a súmula 440 desta Corte e as súmulas 718/719 do Supremo Tribunal Federal, porque desprovido de fundamentação bastante, argumentando que, na espécie, a pena-base foi fixada no mínimo legal.

Sustenta que o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade, porque o montante da pena (2 anos) e os demais requisitos para a benesse estão satisfeitos.

Requer, liminarmente e no mérito, seja o paciente colocado em regime aberto e substituída a pena.

A liminar foi indeferida às fls. 41/44.

Foram prestadas informações às fls. 52/95.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral Célia Regina Souza Delgado, pela denegação da ordem (fls. 98/100).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 288.407 - SP (2014/0030032-5)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. FIXADO REGIME INICIAL FECHADO E NEGADA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA COM BASE NA HEDIONDEZ, NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO E NA VEDAÇÃO LEGAL. ILEGALIDADE MANIFESTA. OCORRÊNCIA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO *IN CONCRETO* DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.
2. Hipótese em que há flagrante ilegalidade a ser sanada. 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.
3. *In casu*, a imposição do regime inicial fechado e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos basearam-se, exclusivamente, na hediondez, na gravidade abstrata do delito e na vedação legal, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.
4. 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.
5. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastados a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas e óbice do art. 44 da Lei n.º 11.343/06, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Preliminarmente, cumpre registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las.

(HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do Resp ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

Cumprе salientar que, tanto a estipulação do regime inicial fechado - contida no § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072, que fora alterado pela Lei n.º 11.464/07 - quanto a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos - prevista no art. 44, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 - foram superadas pelo Pretório Excelso em decisões recentes. A esse respeito, confira-se o teor do Informativo n.º 569 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

A Turma, superando a restrição fundada no Enunciado 691 da Súmula do STF, concedeu *habeas corpus* a condenado pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33) para determinar que tribunal de justiça substitua a pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos ou, havendo reversão, que o início do cumprimento da pena privativa de liberdade se dê no regime aberto. Assentou-se que a quantidade de pena imposta – 3 anos –, não constando circunstâncias desfavoráveis ao paciente, que não registra antecedentes, permitiria não só que a pena tivesse início no regime aberto (CP, art. 33, § 2º, c), mas, também, a substituição por pena restritiva de direitos (CP, art. 44, § 2º, segunda parte). HC 101291/SP, Rel. Min. Eros Grau, 24.11.2009. (HC-101291)

O citado *writ* possui esta ementa:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO MAIS GRAVE DO QUE O PREVISTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EM LEI. DIREITO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EXCEÇÃO À SÚMULA 691.

Tráfico de entorpecentes. Fixação da pena. Circunstâncias judiciais favoráveis. Pena fixada em quantidade que permite a substituição da privação de liberdade por restrição de direitos ou o início do cumprimento da pena no regime aberto. Imposição, não obstante, de regime fechado. Constrangimento ilegal a ensejar exceção à Súmula 691/STF. Ordem concedida. (HC n.º 101.291/SP; Relator(a): Ministro Eros Grau; Julgamento: 24/11/2009; Segunda Turma; DJe-027 - 12-02-2010)

Diante disso, a Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o *quantum* de pena aplicado, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal (HC n.º 118.776/MG, da relatoria do Ministro Nilson Naves, julgado em 18.3.2010), bem como a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 1º de setembro de 2010, se pronunciou sobre a matéria, no HC n.º 97.256, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, prevalecendo, por 6 votos a 4, o entendimento aqui expendido, no sentido de ser inconstitucional o dispositivo da Lei n.º 11.343/2006 que veda a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Convém sublinhar que o Senado Federal, no exercício da atribuição que lhe foi conferida pelo art. 52, inciso X, da Magna Carta, editou, em 15.2.2012, a Resolução n.º 05/2012, suspendendo a execução de excerto da Lei n.º 11.343/06 referente à expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" - contida no § 4º, do art. 33, declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos supra mencionado HC n.º 97.256. Confira-se:

O Senado Federal resolve:

Art. 1º É suspensa a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus n.º 97.256/RS.

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Registre-se, por oportuno, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, em sessão extraordinária realizada no dia 27.6.2012, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07. Confira-se:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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

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

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

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

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que *"a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado"*. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito **ex nunc**, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado." (HC nº 111.840/ES; Relator(a): Ministro Dias Toffoli; Julgamento: 27/06/2012; Tribunal Pleno)

Assim, restaram superadas pela Suprema Corte a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes.

Na hipótese vertente, verifica-se que foi fixado o regime inicial fechado e negada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos com base, exclusivamente, na hediondez, na gravidade abstrata do delito e na vedação legal, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

Com efeito, consoante esposado alhures, tais questões foram superadas pela Suprema Corte, de modo que não configuram fundamentação idônea a justificar a fixação do regime mais gravoso para os condenados pela prática dos delitos previstos na Lei Antitóxicos,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

haja vista que, para estabelecer o regime prisional e verificar a possibilidade de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve o Magistrado avaliar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelos arts. 33 e parágrafos, e 44 e incisos, do Código Penal, o que não ocorreu na espécie.

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 pelos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44, e incisos, do Código Penal.

Ante do exposto, **não conheço do writ. Concedo a ordem, de ofício**, tão somente para que, afastados a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas e o óbice do art. 44 da Lei n.º 11.343/06, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0030032-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 288.407 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00042109020138260050 4210902013 42109020138260050

EM MESA

JULGADO: 05/08/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUMBERTO DE PAIVA ARAÚJO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JOÃO HENRIQUE IMPERIA MARTINI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ERIC DOMINGOS DE BRITO (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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.