



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 385.933 - SP (2017/0012011-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : AGEU MOTTA
ADVOGADO : AGEU MOTTA - SP328503
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCELA DE OLIVEIRA RAMOS (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. PLEITO DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS A FIGURAR EM DEMÉRITO DA PACIENTE. REGIME FECHADO. DESPROPORCIONALIDADE. PENA INFERIOR A 4 ANOS. REGIME SEMIABERTO. RAZOABILIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM, EM MENOR EXTENSÃO.

1. Não obstante a reprimenda final seja inferior a 4 anos de reclusão, é inviável a imposição do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, diante da existência de elementos concretos a figurar em demérito da paciente. Desproporcional, entretanto, a fixação do regime inicial fechado, tendo em vista o *quantum* da pena imposta, a saber, 2 anos e 6 meses de reclusão, sendo razoável, pois, a imposição do regime inicial intermediário.

2. *Habeas corpus* concedido, em menor extensão, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda corporal imposta à paciente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu a ordem de habeas corpus, em menor extensão, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 06 de abril de 2017(Data do Julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 385.933 - SP (2017/0012011-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : AGEU MOTTA
ADVOGADO : AGEU MOTTA - SP328503
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCELA DE OLIVEIRA RAMOS (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de MARCELA DE OLIVEIRA RAMOS, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal nº 0002806-92.2012.8.26.0032).

Segundo os autos, a paciente foi condenada, em primeira instância, ao cumprimento da pena de 4 anos e 2 meses de reclusão em regime fechado, mais o pagamento de 416 dias-multa, pela prática do crime previsto no **art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06**. Eis o teor do *decisum*, no que pertinente (fls. 20/23):

(...)

Ademais, passo a dosar a pena a ser aplicada à ré MARCELA DE OLIVEIRA RAMOS.

No primeiro estágio, bem sopesados os elementos norteadores do artigo 59, do Código Penal, cumpre reconhecer que a ré agiu com dolo normal para a espécie e não ostenta antecedentes desabonadores, nos termos da Súmula 444 do C. Superior Tribunal de Justiça. **Pena-base**, portanto, no **mínimo** abstratamente previsto, qual seja, 05 (cinco) anos de reclusão.

Na segunda fase, **ausentes quaisquer circunstâncias agravantes** ou atenuantes.

Na terceira etapa, tratando-se de acusada **primária**, não havendo ainda provas de que se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa, **nos termos do artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06, reduzo a pena em 1/6 (um sexto)**, em virtude da descomunal variedade de entorpecentes apreendidos, totalizando 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa.

Derradeiramente, anote-se que a pena carcerária deverá ser cumprida em regime inicial fechado, por força do que dispõe o artigo 2º, §1º da Lei 8.072/90, sendo inviável a aplicação do disposto no artigo 387, §2º, do Diploma Processual Penal, tendo em vista a impossibilidade, ao menos neste momento processual, de verificação dos requisitos de que trata o artigo 112 da Lei 7.210/84.

Cumprе assinalar que, nos termos do artigo 44, inciso I, do Estatuto Repressivo, a substituição da reprimenda corporal por pena restritiva de direitos não se mostra viável no caso em apreço, diante da quantidade de pena imposta.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de Justiça deu parcial provimento apenas para reduzir a reprimenda ao patamar de **02 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicial fechado**, mais o pagamento de 250 dias-multa. O aresto encontra-se assim fundamentado (fls. 32/36):

(...)

Consta da denúncia que os réus estariam previamente associados para a prática reiterada da traficância, sendo que no dia 11 de fevereiro de 2012, por volta das 20:30 horas, guardavam, para entrega a consumo de terceiros, 24,68 gramas de maconha, acondicionada em dois invólucros plásticos, 8,96 gramas de crack e 1,82 gramas de cocaína.

Consta, ainda que os réus guardavam objetos destinados à preparação da droga, consistente em vários saquinhos plásticos transparentes, vários segmentos plásticos recortados em tamanhos diversos e uma tesoura.

(...)

Em seguida, Marcela se apresentou como companheira de Vanderson e autorizou a entrada dos policiais na residência, sendo que no quarto, foram encontradas 08 porções de cocaína, 01 porção de crack e uma carteira contendo a quantia de R\$376,00. Sobre a cama foram encontrados, ainda, vários plásticos cortados em tamanhos diversos e uma tesoura.

(...)

As **penas básicas** para ambos os réus foram fixadas no **patamar mínimo** legal, não obstante o art. 42 da Lei de Drogas. **Os réus traficavam três tipos de entorpecentes, dentre eles cocaína e crack, substâncias de alto poder viciante e alucinógeno, o que demonstra a maior lesividade da conduta e o dolo intenso.**

(...)

Marcela foi beneficiada com citada causa de diminuição, reduzindo-se suas penas em 1/6 que, excepcionalmente, altero para 1/2, considerando que a ré era primária e o envolvimento com o tráfico se deu em razão de ter se amasiado com o réu.

Dessa forma, as penas cominadas ao réu Vanderson não comportam alteração e ficam mantidas.

As penas de Marcela tornam-se definitivas em 02 anos e 06 meses de reclusão e pagamento de 250 dias-multa no piso inferior.

O regime inicial fechado é o único adequado em face do princípio da suficiência penal, mormente porque se trata de delito equiparado a hediondo (Súmula 512 do STJ), que enseja maior repressão e reprovação, por ser verdadeiro flagelo da sociedade hodiernamente.

Conquanto a pena básica tenha sido fixada no patamar mínimo legal, a conduta revestiu-se de especial reprovabilidade diante dos tipos de drogas comercializados, crack e cocaína, substâncias de alto poder viciante, circunstância concreta que demonstra o dolo intenso na conduta, justificando a imposição do regime mais severo.

Anote-se que o regime aberto é incompatível com a infração de tráfico de drogas, que se tornou uma das grandes pragas modernas a atormentar a sociedade, mormente no Brasil, antes país de passagem da droga para o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exterior, sendo hoje um dos países com grande número de traficantes, passando a droga a ser utilizada aqui, sendo exemplo disso que 70% dos processos em julgamento nas sessões ordinárias dessa E, Câmara, sempre em número superior a 200 feitos, são referentes a tráfico de drogas.

Assim, transformando-se o tráfico num dos verdadeiros cancros da atualidade, envolvendo jovens e desagregando famílias, deve ele ser combatido com rigor, rigor este que só se encontra presente na imposição do regime fechado para o traficante.

Ademais, não pode o julgador ter seu olhar voltado para as estrelas, mas deve ser homem do seu tempo, que não ignora que a leniência com o tráfico destrói famílias, jogando usuários e viciados na sarjeta, bem como incrementa roubos, latrocínios, furtos e homicídios.

Incabível, por essas razões, impor-se ao traficante penas restritivas de direito muito aquém da punição que merece, não estando presentes os requisitos do art. 44, inciso III, do Código Penal.

Diante do quadro probatório coligido, considerando-se a lesividade da conduta dos réus, outro regime diverso do fechado seria insuficiente à espécie, sendo pelo mesmo motivo indeferida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

(...)

Não é o caso de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, tampouco concessão de "sursis", pelos argumentos supra invocados.

Não é o caso de fazer-se a detração, em face da ausência de informações, o que deverá ocorrer em sede de execuções.

Isso posto, nega-se provimento ao recurso ministerial e de VANDERSON GONÇALVES SILVA. Dá-se provimento em parte ao recurso de MARCELA DE OLIVEIRA RAMOS, para reduzir suas reprimendas a **02 anos e 06 meses de reclusão**, em regime inicial fechado, e pagamento de 250 dias multa no piso inferior. Comunique-se com urgência.

Daí o presente *mandamus*, no qual a impetrante sustenta, em suma, a possibilidade de fixação do regime inicial aberto, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Destaca bons predicados pessoais da paciente.

Aduz que o *quantum* de pena estipulado permite a substituição da pena, bem como a fixação do regime menos gravoso.

Pondera que o Tribunal de Justiça não apresentou fundamentação idônea a obstar a fixação do regime aberto e a substituição.

Invoca as súmulas 718 e 719 do STF.

Ao final, pede, liminarmente, possa a paciente aguardar em liberdade o julgamento do presente *writ*.

No mérito, pugna pela substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou, subsidiariamente, pela fixação do regime inicial aberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Liminar indeferida às fls. 40/41.

Informações prestadas às fls. 46/69.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ*, mas pela concessão parcial da ordem, de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 385.933 - SP (2017/0012011-4)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. PLEITO DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS A FIGURAR EM DEMÉRITO DA PACIENTE. REGIME FECHADO. DESPROPORCIONALIDADE. PENA INFERIOR A 4 ANOS. REGIME SEMIABERTO. RAZOABILIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM, EM MENOR EXTENSÃO.

1. Não obstante a reprimenda final seja inferior a 4 anos de reclusão, é inviável a imposição do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, diante da existência de elementos concretos a figurar em demérito da paciente. Desproporcional, entretanto, a fixação do regime inicial fechado, tendo em vista o *quantum* da pena imposta, a saber, 2 anos e 6 meses de reclusão, sendo razoável, pois, a imposição do regime inicial intermediário.

2. *Habeas corpus* concedido, em menor extensão, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda corporal imposta à paciente.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

A controvérsia jurídica cinge-se à possibilidade de fixação de regime inicial menos gravoso e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Eis o teor do édito condenatório de primeiro grau (fls. 20/23):

(...)

Ademais, passo a dosar a pena a ser aplicada à ré MARCELA DE OLIVEIRA RAMOS.

No primeiro estágio, bem sopesados os elementos norteadores do artigo 59, do Código Penal, cumpre reconhecer que a ré agiu com dolo normal para a espécie e não ostenta antecedentes desabonadores, nos termos da Súmula 444 do C. Superior Tribunal de Justiça. **Pena-base**, portanto, no **mínimo** abstratamente previsto, qual seja, 05 (cinco) anos de reclusão.

Na segunda fase, **ausentes quaisquer circunstâncias agravantes** ou atenuantes.

Na terceira etapa, tratando-se de acusada **primária**, não havendo ainda provas de que se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa, **nos termos do artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06, reduzo a pena em 1/6 (um sexto)**, em virtude da descomunal variedade de entorpecentes apreendidos, totalizando 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Derradeiramente, anote-se que a pena carcerária deverá ser cumprida em regime inicial fechado, por força do que dispõe o artigo 2º, §1º da Lei 8.072/90, sendo inviável a aplicação do disposto no artigo 387, §2º, do Diploma Processual Penal, tendo em vista a impossibilidade, ao menos neste momento processual, de verificação dos requisitos de que trata o artigo 112 da Lei 7.210/84.

Cumpra assinalar que, nos termos do artigo 44, inciso I, do Estatuto Repressivo, a substituição da reprimenda corporal por pena restritiva de direitos não se mostra viável no caso em apreço, diante da quantidade de pena imposta.

Colhe-se do aresto reformador (fls. 32/36):

(...)

Consta da denúncia que os réus estariam previamente associados para a prática reiterada da traficância, sendo que no dia 11 de fevereiro de 2012, por volta das 20:30 horas, guardavam, para entrega a consumo de terceiros, 24,68 gramas de maconha, acondicionada em dois invólucros plásticos, 8,96 gramas de crack e 1,82 gramas de cocaína.

Consta, ainda que os réus guardavam objetos destinados à preparação da droga, consistente em vários saquinhos plásticos transparentes, vários segmentos plásticos recortados em tamanhos diversos e uma tesoura.

(...)

Em seguida, Marcela se apresentou como companheira de Vanderson e autorizou a entrada dos policiais na residência, sendo que no quarto, foram encontradas 08 porções de cocaína, 01 porção de crack e uma carteira contendo a quantia de R\$376,00. Sobre a cama foram encontrados, ainda, vários plásticos cortados em tamanhos diversos e uma tesoura.

(...)

As penas básicas para ambos os réus foram fixadas no patamar mínimo legal, não obstante o art. 42 da Lei de Drogas. **Os réus traficavam três tipos de entorpecentes, dentre eles cocaína e crack, substâncias de alto poder viciante e alucinógeno, o que demonstra a maior lesividade da conduta e o dolo intenso.**

(...)

Marcela foi beneficiada com citada causa de diminuição, reduzindo-se suas penas em 1/6 que, excepcionalmente, altero para 1/2, considerando que a ré era primária e o envolvimento com o tráfico se deu em razão de ter se amasiado com o réu.

Dessa forma, as penas cominadas ao réu Vanderson não comportam alteração e ficam mantidas.

As penas de Marcela tornam-se definitivas em 02 anos e 06 meses de reclusão e pagamento de 250 dias-multa no piso inferior.

O regime inicial fechado é o único adequado em face do princípio da suficiência penal, mormente porque se trata de delito equiparado a hediondo (Súmula 512 do STJ), que enseja maior repressão e reprovação, por ser verdadeiro flagelo da sociedade hodiernamente.

Conquanto a pena básica tenha sido fixada no patamar mínimo legal, a conduta revestiu-se de especial reprovabilidade diante dos tipos de drogas comercializados, crack e cocaína, substâncias de alto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

poder viciante, circunstância concreta que demonstra o dolo intenso na conduta, justificando a imposição do regime mais severo.

Anote-se que o regime aberto é incompatível com a infração de tráfico de drogas, que se tornou uma das grandes pragas modernas a atormentar a sociedade, mormente no Brasil, antes país de passagem da droga para o exterior, sendo hoje um dos países com grande número de traficantes, passando a droga a ser utilizada aqui, sendo exemplo disso que 70% dos processos em julgamento nas sessões ordinárias dessa E, Câmara, sempre em número superior a 200 feitos, são referentes a tráfico de drogas.

Assim, transformando-se o tráfico num dos verdadeiros cancrios da atualidade, envolvendo jovens e desagregando famílias, deve ele ser combatido com rigor, rigor este que só se encontra presente na imposição do regime fechado para o traficante.

Ademais, não pode o julgador ter seu olhar voltado para as estrelas, mas deve ser homem do seu tempo, que não ignora que a leniência com o tráfico destrói famílias, jogando usuários e viciados na sarjeta, bem como incrementa roubos, latrocínios, furtos e homicídios.

Incabível, por essas razões, impor-se ao traficante penas restritivas de direito muito aquém da punição que merece, não estando presentes os requisitos do art. 44, inciso III, do Código Penal.

Diante do quadro probatório coligido, considerando-se a lesividade da conduta dos réus, outro regime diverso do fechado seria insuficiente à espécie, sendo pelo mesmo motivo indeferida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

(...)

Não é o caso de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, tampouco concessão de "sursis", pelos argumentos supra invocados.

Não é o caso de fazer-se a detração, em face da ausência de informações, o que deverá ocorrer em sede de execuções.

Isso posto, nega-se provimento ao recurso ministerial e de VANDERSON GONÇALVES SILVA. Dá-se provimento em parte ao recurso de MARCELA DE OLIVEIRA RAMOS, para reduzir suas reprimendas a **02 anos e 06 meses de reclusão**, em regime inicial fechado, e pagamento de 250 dias multa no piso inferior. Comunique-se com urgência.

Inicialmente, mister esclarecer que tanto a estipulação do regime inicial fechado – contida no § 1º do artigo 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 artigo 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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)

Dessarte, 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, ainda, 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 nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 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:

"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 n.º 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 n.º 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 n.º 8.072/90, com a redação dada pela Lei n.º 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 n.º 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 espécie, verifica-se que, não obstante a reprimenda final seja inferior a 4



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

anos, é inviável a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, diante da existência de elementos concretos a figurar em demérito da paciente, a saber, a natureza dos entorpecentes apreendidos em seu poder - crack e cocaína -, o que, inclusive, ensejou a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em patamar inferior ao máximo.

Entendo, entretanto, ser desproporcional a imposição do regime inicial fechado, tendo em vista o *quantum* da pena imposta, qual seja, 2 anos e 06 meses de reclusão.

Assim, reputo exagerada a fixação do regime inicial fechado, porém, diante das peculiaridades do caso concreto, entendo ser necessária uma resposta penal mais efetiva, como forma de retribuição proporcional à gravidade da conduta, porquanto as circunstâncias do caso em testilha demonstram que regime inicial mais brando, ou eventual substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, não seria suficiente para a reprovação e a prevenção do delito em comento.

Entendo ser razoável, pois, a imposição do regime inicial intermediário.

Nesta senda:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA FIGURA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. REGIME PRISIONAL FECHADO. REFERÊNCIA À HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. REGIME SEMIABERTO DEFERIDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO A RECOMENDAM. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- 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.

- Em relação à redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a sua aplicação demanda o preenchimento de quatro requisitos cumulativos, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organização criminosa.

- No caso, preenchidos os pressupostos para aplicação da benesse, necessário o redimensionamento da pena nos termos do supracitado artigo. Contudo, em razão da variedade das drogas, não deve ser aplicada a redutora no patamar máximo. Precedentes.

- 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 718 e 719/STF.

- No caso, a quantidade de drogas apreendidas não se mostram suficientes para justificar o regime mais gravoso. Dessa forma, tendo em vista que a paciente é primária, com pena inferior a 4 anos, mas também a não aplicação da redutora no patamar máximo, se mostra adequada a fixação do regime semiaberto, a teor do disposto nos arts. 33, §§ 2º, "b", e 3º, do Código Penal.

- Quanto à substituição, verifica-se que as circunstâncias do caso concreto não a recomendam.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena e fixar o regime semiaberto.

(HC 382.572/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 10/03/2017)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. NATUREZA DE UMA DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. PLEITO DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS A FIGURAR EM DEMÉRITO DO PACIENTE. REGIME FECHADO. DESPROPORCIONALIDADE. PENA INFERIOR A 4 ANOS. REGIME SEMIABERTO. RAZOABILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. O estabelecimento do redutor na fração de 1/3 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, diante da natureza de uma das substâncias entorpecentes apreendidas em poder do paciente - crack - a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. Motivada de maneira concreta a fixação do quantum de aplicação do referido benefício, não há falar em ilegalidade.

2. Não obstante a reprimenda final seja inferior a 4 anos, é inviável a imposição do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, diante da existência de elementos concretos a figurar em demérito do paciente. Desproporcional, entretanto, a fixação do regime inicial fechado, tendo em vista o quantum da pena imposta, a saber, 3 anos e 4 meses de reclusão, sendo razoável, pois, a imposição do regime inicial intermediário.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena imposta ao paciente nos autos da Ação Penal n.º 3021838-43.2013.8.26.0114.

(HC 370.545/SP, de minha Relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 21/10/2016)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. REITERAÇÃO DE PEDIDO. ABRANDAMENTO DE REGIME INICIAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO EM RAZÃO DA HEDIONDEZ DO DELITO. INCONSTITUCIONALIDADE. ANÁLISE DOS ARTIGOS 33, §2º, B E §3º, DO CÓDIGO PENAL E 42 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REGIME SEMIABERTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

(...)

VI - O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 - com redação dada pela Lei nº 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.

VII - Revela-se adequado na hipótese, consoante o disposto nos artigos 33, §§2º e 3º, do Código Penal, e artigo 42 da Lei 11.343/2006, a imposição do regime inicial semiaberto ao paciente, condenado à pena inferior a 4 (quatro) anos, primário, ostentando condições judiciais desfavoráveis. Habeas Corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício tão somente para, confirmando a liminar, fixar o regime semiaberto de cumprimento de pena, ex vi dos artigos 33, §2º, b, e §3º, do Código Penal e 42 da Lei 11.343/2006.

(HC 325.629/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/09/2015, DJe 20/10/2015)

Ante o exposto, **concedo a ordem, em menor extensão**, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda corporal imposta à paciente.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0012011-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 385.933 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00028069220128260032 28069220128260032

EM MESA

JULGADO: 06/04/2017

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA ELIANE MENEZES DE FARIAS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : AGEU MOTTA
ADVOGADO : AGEU MOTTA - SP328503
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCELA DE OLIVEIRA RAMOS (PRESO)
CORRÉU : VANDERSON GONÇALVES SILVA

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

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, concedeu a ordem de habeas corpus, em menor extensão, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.