



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 365.291 - SP (2016/0202921-0)**

**RELATOR** : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADO** : ANDREA DE ALMEIDA ROSSLER - SP230585  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : PAULO SERGIO COELHO (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. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. 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 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 STJ tem entendido que a gravidade concreta, evidenciada pela natureza e 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 CP) permitam, em tese, a fixação do regime aberto, a quantidade e a natureza 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 Código Penal 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 Código Penal.

Da mesma forma, no caso em apreço, todavia, apesar da fundamentação imprópria apresentada pelas instâncias ordinárias –



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

gravidade abstrata do delito –, o STJ tem entendido que a gravidade concreta, evidenciada pela natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos (48 invólucros de "maconha", pesando aproximadamente 54,1g, além de 49 microtubos de "eppendorfs" de cocaína, pesando aproximadamente 32,7g), 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), 13 de setembro de 2016(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 365.291 - SP (2016/0202921-0)**

**RELATOR** : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADO** : ANDREA DE ALMEIDA ROSSLER - SP230585  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : PAULO SERGIO COELHO (PRESO)

### RELATÓRIO

#### O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

*Habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de PAULO SERGIO COELHO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido na Apelação n. 0009472-45.2014.8.26.0451.

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).

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual negou provimento ao recurso em acórdão acostado às fls. 19/33.

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 e n. 440 da Súmula desta Corte de Justiça.

Sustenta, ainda, que a obrigatoriedade de fixação de regime fechado está pautada em dispositivos julgados inconstitucionais pela Suprema Corte.

Por fim, afirma que a quantidade de drogas apreendidas é pequena, não justificando a vedação à substituição da pena por restritiva de direitos e invoca a Resolução n. 5/12 do Senado Federal.

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

O pedido liminar foi indeferido (fls. 36), as informações foram devidamente prestadas ( fls. 45/65) e o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem (fls. 69/77).

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 365.291 - SP (2016/0202921-0)

### 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 de regime inicial mais brando que o fechado, 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.

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

**Sentença (fls. 15/16):** *Os réus são primários e não ostentam antecedentes, pelo que suas penas devem ser fixadas no mínimo legal, ou seja, cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa.*

*Não havendo nos autos demonstração de que os réus se dedicassem a outro tipo de atividade criminosa ou mesmo estivessem envolvidos com o crime organizado, de se aplicar o redutor previsto pelo artigo 33, § 4º, da Lei 11343/2006.*

*No entanto, agiam em concurso, de forma a demonstrar um mínimo de organização na atividade, pelo que o redutor deve ser aplicado abaixo do máximo.*

*A pena dos réus será, pois, reduzida da metade, atingindo o total de dois anos e seis meses de reclusão, mais o pagamento de duzentos e cinquenta dias- multa.*

*Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a ação para CONDENAR os réus PAULO SÉRGIO COELHO (RG. 35.835.046, filho de José Leôncio Coelho e de Nair Marques Coelho) e ROSEMEIRE ALVES FERREIRA DA SILVA (RG. 44.751.528, filha de José Augusto da Silva e de Raquel Alves Ferreira), a uma pena, cada, de dois anos e seis meses de reclusão, mais o pagamento de duzentos e cinquenta dias-*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*multa, no valor unitário mínimo legal, como incursos no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06.*

*Inviável, no caso, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos pelos motivos que seguem:*

*De se salientar que, embora respeitando recente decisão do Colendo Supremo Tribunal Federal, entendo que a vedação acima apontada não fere Constituição Federal.*

*Isto porque a própria CF em seu art. 5º, inciso XLIII, estabelece que: "a Lei considerará crimes inafiançáveis e insusceptíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem".*

*Ora, seria ilógico a Carta Magna conceder tratamento severo aos envolvidos no tráfico de drogas negando-lhes a possibilidade de liberdade mediante pagamento de fiança ou mesmo a concessão de graça ou anistia e, depois, considerar-se inconstitucional norma legal que apenas veda a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.*

*A norma atacada, pois, apenas segue a tendência apontada pela constituição de considerar mais grave o crime de tráfico e, por isso, insusceptível de benesses que culminam na rápida liberação daquele que se envolve nesse crime.*

*Nesse mesmo sentido, se a Lei Maior elege o tráfico como crime inafiançável, pelo que dificulta a libertação de um mero suspeito, não se pode, no entender desse magistrado, tornar a pena privativa de liberdade do condenado letra morta, transformando-a em mera pena alternativa, cabível apenas, como nos revela o espírito da Lei, a crimes de menores consequências sociais.*

*O crime de tráfico é daqueles que causam enormes danos sociais, destruindo famílias e fomentando a prática de crimes contra o patrimônio.*

*Dessa forma, seus praticantes devem iniciar o cumprimento de suas penas em regime fechado, único compatível com a gravidade do delito praticado e para propiciar a completa ressocialização do agente.*

**Acórdão (fls. 31/32):** *Não se verifica, pois, a alegada afronta a princípio garantista da Constituição Federal.*

*Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, porque, não obstante a edição da Resolução nº 5, de 15/02/2012, e a declaração de inconstitucionalidade do artigo 44 da Lei nº 11.343/06 pelo C. STF, nos autos do HC 97256/RS, na parte em que "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", pelas circunstâncias do caso concreto, não se mostra socialmente recomendável a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos, com a observação de que os apelantes, com seu ilícito comportamento, procuravam difundir e disseminar o uso de drogas, que,*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

na maioria das vezes, atinge pessoas jovens, infelicitando-as e arruinando suas vidas futuras.

*Por derradeiro, quanto ao regime prisional fixado (inicial fechado), para o desconto da pena privativa de liberdade, não há de ser alterado, por duas razões principais: a uma, porque foi determinado de forma precisa e correta, nos termos do artigo 33, §3º, do Código Penal e, a duas, porque o delito pelo qual foram os apelantes condenados tráfico de drogas –, equiparado a hediondo, não se sujeita a regime mais brando, pois, como público e notório, provoca o recrudescimento da violência e da inquietude social, além da desagregação da instituição familiar.*

De início, constata-se que o paciente foi preso em flagrante, pois mantinha em depósito 48 invólucros de "maconha", pesando aproximadamente 54,1g, além de 49 microtubos de "ependorfs" de cocaína, pesando aproximadamente 32,7g.

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 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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*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 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).*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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) permitirem, em tese, a fixação do regime aberto, a quantidade e natureza das 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 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**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**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 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,



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*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.**

**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 a 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 pelas instâncias ordinárias 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**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(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 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 decisor 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.



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

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: 2016/0202921-0

**HC 365.291 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00094724520148260451 20160000004203 94724520148260451

EM MESA

JULGADO: 13/09/2016

#### **Relator**

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

#### **AUTUAÇÃO**

|            |                                              |
|------------|----------------------------------------------|
| IMPETRANTE | : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  |
| ADVOGADO   | : ANDREA DE ALMEIDA ROSSLER - SP230585       |
| IMPETRADO  | : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| PACIENTE   | : PAULO SERGIO COELHO (PRESO)                |
| CORRÉU     | : ROSEMEIRE ALVES FERREIRA DA SILVA          |

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.