



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 426.600 - SP (2017/0308086-3)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : YOLANDA SANTOS DE OLIVEIRA

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 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, em menor extensão, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro.

Brasília, 08 de fevereiro de 2018(Data do julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 426.600 - SP (2017/0308086-3)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : YOLANDA SANTOS DE OLIVEIRA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de YOLANDA SANTOS DE OLIVEIRA, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 0008299-25.2014.8.26.0050).

Colhe-se dos autos que a paciente foi condenada, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 2 anos de reclusão, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 200 dias-multa. Eis, no que interessa, o teor da sentença:

YOLANDA SANTOS DE OLIVEIRA, qualificada nos autos, foi denunciada como incurso nas penas do artigo 33, "caput", da Lei n.º 11.343/06, porque, no dia 27 de janeiro de 2014, nas circunstâncias descritas na denúncia, teria sido surpreendida quando guardava e trazia consigo **74 invólucros contendo cocaína em forma de "crack", 67 invólucros contendo cocaína em pó e 13 trouxinhas contendo "maconha"**, drogas estas destinadas à traficância.

(...)

Assim, as provas acusatórias são suficientes para o acolhimento integral da imputação. Passo à dosagem das penas. As circunstâncias judiciais objetivas não revelam dolo acima do mínimo exigido pelo tipo penal, pelo que estabeleço a pena-base de CINCO ANOS DE RECLUSÃO, mais QUINHENTOS DIAS-MULTA. Sem alterações na segunda fase, pois não há agravantes ou atenuantes. Na terceira fase, entendo que se fazem presentes os requisitos do artigo 33, § 4.º, da Lei de Tóxicos, eis que não há provas de que a ré integre, de forma estável, organização criminosa, tampouco se podendo afirmar, pelas circunstâncias da abordagem, que a ré se dedicasse à traficância (ela que parecia até mesmo moradora de rua, como relatou um dos policiais); ademais, a acusada é primária, sem antecedentes. **A considerável quantidade e a diversidade de entorpecentes que carregava, contudo, não autorizam redução máxima da pena, que é diminuída de 3/5, alcançando DOIS ANOS DE RECLUSÃO, mais DUZENTOS DIAS-MULTA.** O regime de cumprimento da pena ergastular deve ser o regime inicialmente fechado, único adequado a traficantes de entorpecentes, dado que a prática do delito já demonstra personalidade desajustada, sem qualquer deferência ou mesmo compaixão pela incolumidade física e psíquica das inúmeras pessoas que, infelizmente, acabam seguindo, pelas mãos de traficantes, a senda do uso de entorpecentes; personalidade, pois, incompatível com o convívio social, que admite tomar parte em cadeia de distribuição nefanda.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Esta, ademais, é a previsão da atual redação do artigo 2.º da Lei de Crimes Hediondos, consoante estipulou a Lei 11.464/07, a qual nada tem de inconstitucional, eis que tão somente estabelece lapso temporal diferenciado para a progressão de regime; aliás, a admitir-se tal argumento, até mesmo o artigo 116 da Lei de Execuções Penais seria incompatível com a Carta Magna, o que, obviamente, não ocorre. Conquanto não mais seja expressamente vedada a substituição da pena corporal (posto que decreto legislativo extirpou a proibição do texto do artigo 33, § 4.º, Lei 11.343/06), não se fazem presentes os requisitos do artigo 44, inciso III, do Código Penal, para a concessão de tal benesse, que é considerada pelo Juízo como incompatível com a natureza equiparada a hedionda do delito de tráfico de entorpecentes, incompatível com o grau de deturpação de personalidade ínsito a qualquer traficante, ainda que na ponta da cadeia de distribuição espúria, tudo sem olvidar que a própria Constituição Federal estabeleceu que os delitos hediondos e o tráfico de entorpecentes são delitos merecedores de maior reprovabilidade e de tratamento diferenciado no que tange à sua repressão e apenação, donde, apesar de doutas opiniões em contrário, parece-me incongruente e contrário à ordem constitucional vigente a aplicação de penas alternativas a traficantes de entorpecentes (como imaginar alguém condenado por venda de estupefacientes prestando serviços comunitários, por exemplo, nos arredores de uma escola?). Fixo o dia-multa no mínimo legal, à míngua de dados que permitam aferir eventual situação econômica mais abastada do réu. Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE a ação penal movida pela Justiça Pública contra YOLANDA SANTOS DE OLIVEIRA, tendo a ré como incurso nas penas do artigo 33, "caput", da Lei n.º 11.343/06, CONDENANDO-A, em consequência, às penas de DOIS ANOS DE RECLUSÃO, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, na forma do artigo 2.º, § 2.º, da Lei 8.072/90, com a redação da Lei 11.464/07 e, ainda, ao pagamento de DUZENTOS DIAS-MULTA, fixado o valor de cada dia-multa no valor mínimo aplicável, atualizado segundo os critérios legais. **A ré foi solta no curso da perseguição e, assim, poderá recorrer em liberdade** (fls. 13/17).

O Tribunal *a quo* negou provimento ao apelo da defesa, nestes termos:

No que tange ao regime carcerário, diante da potencialidade e diversidade das drogas constritas, destacando-se a lesividade da cocaína e de seu potente derivado, conhecido crack, cujos efeitos são devastadores e seu consumo cria rápida dependência, circunstâncias que preponderam sobre aquelas estabelecidas pelo diploma penal substantivo, nos termos do artigo 42 da Lei n.º 11.343/06, correta a fixação do regime fechado ao início do cumprimento, não havendo, *in casu*, qualquer relevância na cogitação sobre a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, porquanto é justificada a imposição já nos termos gerais do art. 33, § 3.º do Código Penal e da própria lei de regência.

No aspecto, a conjugação da denúncia anônima, da postura da acionada, com a variedade, expressão e forma como depositados os narcóticos traz sim relevo ao malfeito, de modo que a resposta estatal não poderia ser outra.

Quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

direitos, concludo, no particular, seja inconcebível. Ainda não se desconheça valorosos entendimentos contrários (STF, HC 96.715 MC/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. em 19.12.2008), o certo é que o legislador, ao conferir tratamento diferenciado às infrações hediondas e equiparadas, não as contemplaria, por certo, senão em casos bastante específicos, com medidas quase que dcspenalizantes, como a concebida.

É dizer, a imposição de pena alternativa àqueles que dispõem de inúmeras porções de cocaína e crack, hábeis à pronta disseminação, potencialmente geradoras de riscos e malefícios aos que delas se servirem, soaria autêntico despropósito, senão incentivo, em contraponto ao princípio da suficiência, imperativo na sistemática penal vigente.

N'outras palavras, uma das exigências do artigo 44, inciso III, do Código Penal, para viabilizar sua incidência, é a de que as circunstâncias do delito indiquem que a substituição seja suficiente para a sua repressão - requisito esse que não se harmoniza com as consequências perniciosas intrinsecamente relacionadas ao mercadejo de entorpecente.

A substituição atenta contra a efetividade do processo penal na aplicação do justo concreto, atingindo frontalmente o caráter retributivo da reprimenda; mostra-se insuficiente como resposta à culpabilidade do agente, que perpetra o delito por cobiça, que patrocina interesses de organizações criminosas.

É, afinal, como tem decidido esta Egrégia Câmara, conforme o aresto abaixo colacionado:

(...)

Nesse diapasão, não é caso de convolar a pena corporal em restritiva de direitos, diante de sua manifesta insuficiência para a ressocialização da condenada no caso em apreço (fls. 39/42).

Os embargos de declaração foram rejeitados, consoante a seguinte ementa:

Embargos de Declaração - Omissão, contradição ou obscuridade inexistentes - Insurgência contra o regime fechado e negativa de substituição da corporal por penas alternativas - Indevido caráter infringente - Embargos rejeitados (fl. 23).

Nesta via, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo pretende, inclusive em sede liminar: a) a fixação de regime inicial menos gravoso; e b) a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida às fls. 47/50.

Foram prestadas informações às fls. 56/76 e 78/102.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Hugo Gueiros Bernardes Filho, pela pacial concessão da ordem a fim de que seja fixado o regime inicial semiaberto (fls. 104/110).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 426.600 - SP (2017/0308086-3)

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 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:

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.

Colhe-se do aresto guerreado:

No que tange ao regime carcerário, diante da potencialidade e diversidade das drogas constrictas, destacando-se a lesividade da cocaína e de seu potente derivado, conhecido crack, cujos efeitos são devastadores e seu consumo cria rápida dependência, circunstâncias que preponderam sobre aquelas estabelecidas pelo diploma penal substantivo, nos termos do artigo 42 da Lei n.º 11.343/06, correta a fixação do regime fechado ao início do cumprimento, não havendo, *in casu*, qualquer relevância na cogitação sobre a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, porquanto é justificada a imposição já nos termos gerais do art. 33, § 3.º do Código Penal e da própria lei de regência.

No aspecto, a conjugação da denúncia anônima, da postura da acionada, com a variedade, expressão e forma como depositados os narcóticos traz sim relevo ao malfeito, de modo que a resposta estatal não poderia ser outra.

Quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, concludo, no particular, seja inconcebível. Ainda não se desconheça valorosos entendimentos contrários (STF, HC 96.715 MC/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. em 19.12.2008), o certo é que o legislador, ao conferir



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tratamento diferenciado às infrações hediondas e equiparadas, não as contemplaria, por certo, senão em casos bastante específicos, com medidas quase que despenalizantes, como a concebida.

É dizer, a imposição de pena alternativa àqueles que dispõem de inúmeras porções de cocaína e crack, hábeis à pronta disseminação, potencialmente geradoras de riscos e malefícios aos que delas se servirem, soaria autêntico despropósito, senão incentivo, em contraponto ao princípio da suficiência, imperativo na sistemática penal vigente.

N'outras palavras, uma das exigências do artigo 44, inciso III, do Código Penal, para viabilizar sua incidência, é a de que as circunstâncias do delito indiquem que a substituição seja suficiente para a sua repressão - requisito esse que não se harmoniza com as consequências perniciosas intrinsecamente relacionadas ao mercadejo de entorpecente.

A substituição atenta contra a efetividade do processo penal na aplicação do justo concreto, atingindo frontalmente o caráter retributivo da reprimenda; mostra-se insuficiente como resposta à culpabilidade do agente, que perpetra o delito por cobiça, que patrocina interesses de organizações criminosas.

É, afinal, como tem decidido esta Egrégia Câmara, conforme o aresto abaixo colacionado:

(...)

Nesse diapasão, não é caso de convolar a pena corporal em restritiva de direitos, diante de sua manifesta insuficiência para a ressocialização da condenada no caso em apreço (fls. 39/42) (grifou-se).

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 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 espécie, verifica-se que, não obstante a reprimenda final seja inferior a 4 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 do paciente, a saber, a quantidade, a natureza e a variedade dos entorpecentes apreendidos em seu poder - 13 "trouxinhas" de maconha, 67 pinos de cocaína e 74 pedras de crack (fl. 11) -, o que, inclusive, ensejou a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 em patamar inferior ao máximo (fl. 15).

Entendo, entretanto, ser desproporcional a imposição do regime inicial fechado,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tendo em vista o *quantum* da pena imposta, qual seja, 2 anos 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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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: 2017/0308086-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 426.600 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0008299252014 00082992520148260050 8299252014 82992520148260050

EM MESA

JULGADO: 08/02/2018

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ ADONIS CALLOU DE ARAÚJO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : YOLANDA SANTOS DE OLIVEIRA

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

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro.