



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 269.549 - SP (2013/0128725-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DOUGLAS TEODORO FONTES E OUTRO
ADVOGADO : DOUGLAS TEODORO FONTES E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANTONIO TEIXEIRA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ABSOLVIÇÃO EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO. CONDENAÇÃO EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. FIXADO REGIME INICIAL FECHADO 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. ACÓRDÃO VERGASTADO ANULADO NO TOCANTE AO REGIME INICIAL DO CUMPRIMENTO DA PENA. AFERIÇÃO *IN CONCRETO* DEVE SER REALIZADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE OFÍCIO. CONFIRMADA A LIMINAR OUTRORA DEFERIDA.

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 baseou-se, exclusivamente, na hediondez, na gravidade abstrata do delito e na vedação legal, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.
4. Anulado o acórdão vergastado no tocante ao regime inicial do cumprimento da pena, cabe ao Tribunal de origem avaliar o caso *sub judice*, 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, confirmada a liminar outrora deferida, para anular o acórdão vergastado quanto ao regime inicial de cumprimento da pena e determinar que o Tribunal de origem, 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, 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) e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Brasília, 11 de março de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 269.549 - SP (2013/0128725-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DOUGLAS TEODORO FONTES E OUTRO
ADVOGADO : DOUGLAS TEODORO FONTES E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANTONIO TEIXEIRA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ANTONIO TEIXEIRA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n.º 990.10.387444-0).

Depreende-se dos autos que o paciente foi denunciado, juntamente com dois corréus, como incurso nos arts. 33, *caput*, e 35, c.c art. 40, inciso V, da Lei 11.343/2006, e no art. 304, c.c arts. 69 e 71 do Código Penal.

Sobreveio sentença que absolveu o paciente, com fulcro no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Irresignado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de origem deu provimento para condenar o paciente às penas de 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática, respectivamente, dos delitos descritos nos arts. 33 e 35, ambos da Lei n.º 11.343/2006, para afastar em relação à corré Adriana a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, majorar suas penas para 7 (sete) anos de reclusão, pela prática do delito de tráfico de drogas, e para 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, pela prática do crime de associação para o tráfico, e para impor a todos o regime inicial fechado, mantida, no mais, a sentença. Confirmam-se os termos do *decisum*, no que interessa:

ANTÔNIO, como anotado pelo recorrente ministerial era funcionário da Santa Casa local e não ignorava certamente os fatos, porque mantinha um contato muito estreito com ADRIANA e por ter sido o responsável pelo encaminhamento do pedido de confecção de mais de 1.000 receitas especiais à gráfica envolvida nos fatos.

Não obstante o entendimento do MM. Juiz sentenciante, não foi ele, no meu sentir, muito ingênuo, por ter agido com pleno conhecimento dos fatos.

Como sustentado pelo ilustre recorrente, às fie. 614, ANTÔNIO se valia do fato de ser funcionário da Santa Casa local, conhecia funcionários da Vigilância Sanitária, adquiria as requisições, receitas, mandava fazer as autorizações na gráfica e depois as repassava a ADRIANA,

RAFAEL, apesar da sua negativa, tinha domínio do *site* usado nas vendas registrado em seu nome, conforme fls, 80, *site* esse que era custeado por ele, como bem anotado na r. sentença e demonstram os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

documentos de fls. 104-05. Utensílios e embalagens usados eram compradas em seu nome, conforme fls. 107-08,

Laudos toxicológicos às fls. 139-50 e 445.

Os documentos utilizados para se conseguir a autorização para a confecção das receitas eram comprovadamente falsos, como se vê às fls. 52, do 2 apenso ao primeiro volume; às fls. 423; e também às fls. 272-83.

As substâncias referidas na inicial (femproporex e anfepramona) se encontram listadas na Portaria nº 344, do SVS/MS, como anotado no laudo de fls. 135-50. Tratam-se de substâncias psicotrópicas anorexígenas devendo se entender por "psicotrópico", segundo a mesma portaria, a "substância que pode determinar dependência física ou psíquica". Nesses termos, tenho que é típica a conduta atribuída aos réus. Nesse sentido, vejam-se também os julgados selecionados pelo ilustre parecerista, às fls. 651-52.

A prova, portanto, é segura em evidenciar a responsabilidade dos acusados, malgrado a negativa judicial de todos eles. Eles agiam mancomunados entre si para a prática de crime de tráfico, sendo que as vendas, como demonstra a prova, ocorriam para várias partes do País.

Nessa conformidade, sou pela manutenção das condenações impostas em primeira instância e também pela condenação de ANTÔNIO pela prática dos crimes referidos na inicial, isto é, tipificados nos artigos 33, *caput*, e 35, ambos da Lei de Tóxicos,

Não há que se falar em condenação por uso de documento falso, porque o emprego de tais documentos foi meio necessário para a obtenção das substâncias entorpecentes. Assim, concordo com o ilustre parecerista, quando sustenta que "o uso de documento falso integra o processo de execução delitiva de delitos de maior gravidade, conforme fls. 654.

ANTÔNIO é primário e não ostenta antecedentes. Por isso, seguindo o mesmo raciocínio levado a efeito na r. sentença para condenar RAFAEL, aplico-lhe as penas de um ano, onze meses e dez dias e reclusão, mais 192 dias-multa, pela prática do crime de tráfico; e um ano e dois meses de reclusão, mais 269 dias-multa, pela prática do crime de associação para o tráfico.

Multas no valor unitário mínimo.

Em relação a ADRIANA, penso que devem mesmo as suas penas ser agravadas.

Primeiro, porque toda a prova demonstra que ela liderava o bando e participava ativamente de todas as fases do crime. O seu dolo é acentuado. Fixo-lhe, assim, a pena-base em seis anos de reclusão, mais 600 dias-multa, pelo tráfico, e em quatro anos de reclusão, mais 800 dias-multa, pela prática do crime de associação para o tráfico.

E depois, porque deve, em relação a ela, ser afastada a incidência da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Tóxicos. Toda a prova revela que ela se dedicava à venda das substâncias psicotrópicas anorexígenas. O simples fato de ter sido encontrado na sua residência mais de 1.000 receitas especiais sugerem essa circunstância, veja-se que ela vendia as tais substâncias até para outros Estados da Federação. Descabida, assim, a incidência do redutor referido.

Torno, dessa forma, definitivas as suas penas, após a incidência do aumento previsto no artigo 40 (V), da Lei de Tóxicos, em sete anos de reclusão, mais setecentos dias-multa, pela prática do tráfico, e em quatro anos e oito meses de reclusão, mais 933 (novecentos e trinta e três)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dias-multa, pela prática do crime de associação para o tráfico.

O crime de tráfico, como se sabe, se equipara aos hediondos, aplicando-se, daí, disposição legal expressa (Lei nº 11.464/07). Imponho, assim, em relação ao tráfico o regime inicial fechado.

Destarte, pelo meu voto, proponho, improvidos os recursos defensivos, que se dê parcial provimento ao recurso ministerial para (1) condenar ANTÔNIO TEIXEIRA (...) pela prática dos crimes previstos nos artigos 33, *caput*, e 35, ambos da Lei nº 11.343/06, às penas, respectivamente, de um ano, onze meses e dez dias <a reclusão, mais 192 (cento e noventa e dois) dias-multa, e um ano e dois meses de reclusão, mais 269 (duzentos e sessenta e nove) dias-multa; (2), afastada em relação a ADRIANA CLÁUDIA JUNQUEIRA MATTA (OU. . .) a incidência da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Tóxicos, majorar as suas penas para sete anos de reclusão, mais setecentos dias multa, pela prática do crime de tráfico ilícito de drogas, e para quatro anos e oito meses de reclusão, mais 933 (novecentos e trinta e três) dias-multa, pela prática do crime de associação para o tráfico; e (3) impor a todos o regime inicial fechado para desconto da pena de prisão imposta pela prática do crime de tráfico ilícito de drogas, mantida, no mais, a r. decisão recorrida (fls. 752/756).

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

Daí o presente *mandamus*, no qual o impetrante sustenta a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto o paciente é primário, trabalhador e a reprimenda foi fixada em patamar inferior a quatro anos.

Alega, ainda, a possibilidade de fixação de regime inicial aberto, tendo em vista ter sido superada a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados.

Assere que o paciente encontra-se "acometido de grave doença cardíaca, estando, inclusive, na iminência de severa intervenção cirúrgica, razão pela qual deve-lhe ser concedida a prisão albergue domiciliar. Destaca a idade avançada do paciente - 69 (sessenta e nove) anos.

Invoca o princípio da presunção de inocência.

Aduz que "diante da gravidade do estado clínico que o réu vive, a prisão cautelar causará sérios riscos de vida que não podem ser suportados por pessoa tecnicamente inocente" (fl. 10).

Afirma que o paciente preenche os requisitos para a concessão da liberdade provisória, haja vista que é primário, ostenta bons antecedentes, possui residência fixa, labor lícito e não apresenta periculosidade.

Requer, liminarmente, seja expedido alvará de soltura em favor do paciente, para que possa aguardar o julgamento deste *writ* em liberdade. No mérito, pugna seja substituída a pena privativa de liberdade por "multa e prestação de serviços à comunidade", bem como seja fixado o regime inicial aberto (fl. 12).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O pedido de medida liminar foi deferido, às fls. 1.023/1.027, apenas para anular o acórdão guerreado no tocante ao regime inicial de cumprimento de pena, a fim de que outro seja proferido, à luz das balizas delineadas pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

As informações foram prestadas às fls. 1.031/1.032, 1.036/1.037 e 1.040/1.056.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos, pela concessão da ordem (fls. 1.059/1.061).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 269.549 - SP (2013/0128725-0)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ABSOLVIÇÃO EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO. CONDENAÇÃO EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. FIXADO REGIME INICIAL FECHADO 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. ACÓRDÃO VERGASTADO ANULADO NO TOCANTE AO REGIME INICIAL DO CUMPRIMENTO DA PENA. AFERIÇÃO *IN CONCRETO* DEVE SER REALIZADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE OFÍCIO. CONFIRMADA A LIMINAR OUTRORA DEFERIDA.

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 baseou-se, exclusivamente, na hediondez, na gravidade abstrata do delito e na vedação legal, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.
4. Anulado o acórdão vergastado no tocante ao regime inicial do cumprimento da pena, cabe ao Tribunal de origem avaliar o caso *sub judice*, 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, confirmada a liminar outrora deferida, para anular o acórdão vergastado quanto ao regime inicial de cumprimento da pena e determinar que o Tribunal de origem, 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, 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(Relatora):

Preliminarmente, cumpre registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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:



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 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, haja vista que, para estabelecer o regime prisional e verificar a possibilidade de substituir a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Consoante informações acostadas aos autos, às fls. 1.063/1.064, o Tribunal de origem ainda não realizou novo julgamento do recurso de apelação para nova análise do regime inicial de cumprimento de pena, de acordo com os termos da liminar deferida, às fls. 1.023/1.027. Contudo, verifica-se, mesmo assim, o superveniente trânsito em julgado da condenação, conforme informações prestadas pelo Presidente da Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, às fls. 1.041.

Assim, diante desses fatos, mister se faz desconstituir o trânsito em julgado da ação, para que o Tribunal *a quo* avalie o caso sub judice, 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, confirmada a liminar outrora deferida**, para anular o acórdão vergastado no tocante ao regime inicial do cumprimento da pena e determinar que o Tribunal de origem, 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, 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: 2013/0128725-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 269.549 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00166064220098260664 166064220098260664 2011000035269 4102009 50001
990103874440 990103874447

EM MESA

JULGADO: 11/03/2014

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DOUGLAS TEODORO FONTES E OUTRO
ADVOGADO	: DOUGLAS TEODORO FONTES E OUTRO(S)
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ANTONIO TEIXEIRA
CORRÉU	: ADRIANA CLÁUDIA JUNQUEIRA MATTÁ
CORRÉU	: ADRIANA CLÁUDIA JUNQUEIRA MATTÁ ROVIS
CORRÉU	: RAFAEL DA SILVA GARCIA

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) e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.