



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 227.834 - DF (2011/0297787-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : LUÍS CLÁUDIO VAREJÃO DE FREITAS - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : ELIELSON MIGUEL PACHECO DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. APELAÇÃO JULGADA. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. REGIME INICIAL FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. ILEGALIDADE MANIFESTA. OCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Hipótese em que há flagrante ilegalidade a ser sanada. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

3. *In casu*, a negativa de abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena baseou-se, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores. Notabiliza-se, porém, que o Tribunal de origem, embora tenha mantido o regime mais severo, concedeu a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

4. *Writ* não conhecido. **Ordem concedida, de ofício**, para estabelecer o regime aberto como o inicial de cumprimento da pena, mantida a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, concedida pelo Tribunal de origem.

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, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Assusete Magalhães.

Brasília, 15 de agosto de 2013(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 227.834 - DF (2011/0297787-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : LUÍS CLÁUDIO VAREJÃO DE FREITAS - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : ELIELSON MIGUEL PACHECO DA SILVA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado por Defensor Público em favor de ELIELSON MIGUEL PACHECO DA SILVA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (Apelação Criminal n.º 2011.01.1.045619-7).

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime tipificado no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, nestes termos:

No dia 19 de março de 2011, por volta das 03h50, na Quadra 19, lote 02, Bairro São José, São Sebastião-DF, ELIELSON MIGUEL PACHECO DA SILVA, de forma livre, voluntária e consciente, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, tinha em depósito, para fins de difusão ilícita, 32 (trinta e duas) porções de "crack", envoltas em saco plástico, perfazendo a massa bruta de 8,07g (oito gramas e sete centigramas), além de 01 (um) pedaço de plástico branco com substância pastosa e esbranquiçada aderida, a ser posteriormente identificada em laudo de exame químico definitivo. O "crack", preparado a partir da cocaína, extraída da planta cientificamente denominada *Erythroxylum coca Lam.*, é substância proscrita em todo o território nacional, de acordo com a Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006 e Portaria n.º 344/98, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde.

Infere-se dos autos que policiais militares, em patrulhamento de rotina, no endereço acima mencionado, visualizaram o ora denunciado. Este, ao perceber a presença da viatura, entrou correndo para o interior do lote 02. Com isso, os policiais foram ao seu encalço e o abordaram. Em poder de ELIELSON nada de ilícito foi encontrado, mas no barraco dos fundos, onde adentrou, foram localizadas as 32 (trinta e duas) porções de "crack". A entrada no barraco foi franqueada por WELLINGTON WAGNER MATOS SANTOS, seu tio.

No barraco do lado, onde ELIELSON informou residir, foi encontrada a outra substância a ser identificada no laudo de exame químico definitivo. Na delegacia foi feita nova revista no ora denunciado, localizando-se em sua cueca a quantia de R\$ 25,00 (vinte e cinco reais). (...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, julgo procedente o pedido lançado na denúncia, para condenar ELIELSON MIGUEL PACHECO DA SILVA nas penas do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006.

Passo à individualização da pena, fazendo-a fundamentadamente para que se possa cumprir o disposto no art. 93, inciso IX da Carta Magna.

Na análise da culpabilidade, embora estejamos diante de um crime hediondo, o grau de reprovabilidade da conduta do réu é condizente com a natureza da infração, não há nenhum indicativo com relação ao juízo crítico de reprovação social, basta o elevado grau, já previsto como elementar do crime. Nos termos do Enunciado 444 da Súmula do STJ, não registra antecedentes. Sua conduta social não foi devidamente investigada. Quanto à personalidade, os motivos, conseqüências e circunstâncias nada há nos autos a valorar, motivo pelo qual fixo-lhe a pena base em 05 (cinco) anos de reclusão e 50 (quinhentos) dias-multa.

Inexistem atenuantes e agravantes.

Na terceira fase de aplicação da pena, observo a existência da causa especial de diminuição prevista no § 4º, do art. 33 da Lei 11.343/06, motivo pelo qual diminuo a pena em 2/3 (dois terços), tornando-a definitiva em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, diante da ausência de causa de aumento de pena.

A pena de multa, dadas as condições do acusado, deverão ser calculados à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato, devidamente corrigido, na forma do art. 49, § 1º do Código Penal.

A pena será cumprida no regime inicialmente fechado, assegurada a respectiva progressão, na esteira da recente decisão do Supremo Tribunal Federal (HC nº 82.959-7).

Fixei o regime fechado para início do cumprimento das penas, independentemente do seu montante, porque, pelo que se depreende do julgamento do Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC 82.959-SP, a declaração de inconstitucionalidade do § Iº do art. 2º da Lei nº 8.072/90, não exterminou com regime fechado, para os crimes nela definidos ou mencionados. Tanto naquela decisão, como nas outras que se seguiram, não se determinou à Vara de Execução a revisão do regime de cumprimento da pena, com a observância do art. 33 do Código Penal. Pelo contrário, encarregou-se àquelas Varas de verificarem apenas os requisitos legais para conferir ou não a progressão.

A declaração de inconstitucionalidade, estabelecida *incidenter tantum*, lastreou-se no fundamento do instituto da progressão ser um dos consectários do direito constitucional à individualização da pena, instrumento de ressocialização do preso, cuja aplicação a lei não poderia suprimir da apreciação judicial (art. 5º, inciso XLVI e HC 82.959-SP).

Se foram esses os parâmetros traçados por força daquele julgamento, isto é, a declaração não atingiu o regime estabelecido nos processos transitados em julgado, com mais razão para se observar os mesmos paradigmas nos julgamentos em curso ou futuros.

Deixo de substituir a pena em razão da expressa vedação prevista no art. 44 da Lei 11.343/2006, bem como, por ser incompatível com o regime aplicado. Além do que, a substituição da pena privativa de liberdade por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

restritivas de direitos não deve ser concedida quando a medida não é socialmente recomendável diante da natureza e da quantidade do entorpecente apreendido (20090111233430APR, Relator SANDRA DE SANTIS, 1ª Turma Criminal, julgado em 09/05/2011, DJ 16/05/2011 p. 164). (fls. 11-29).

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que proveu parcialmente o recurso para conceder a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, mantendo o regime inicial fechado, *verbis*:

Postula a Defesa que o regime de cumprimento da pena seja alterado, do inicial fechado para o inicial aberto.

Não há como se acolher a pretensão defensiva.

Com efeito, tratando-se de condenação pela prática do crime de tráfico de drogas, cometido em 19/03/2011, **o regime inicial de cumprimento de pena estabelecido na sentença decorre de expressa previsão legal, nos termos do disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990.**

De fato, o dispositivo legal sobredito, com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007, determina que "a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado. Tal dispositivo se aplica ao caso dos autos, porquanto o crime sob exame foi cometido depois de sua vigência.

A fixação do regime fechado, portanto, decorreu da própria lei e da natureza do delito em apuração, equiparado a crime hediondo, considerado pela jurisprudência como merecedor de maior reprovabilidade. Nesse sentido: (...)

A novel legislação de drogas vedou expressamente a concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, fazendo-o em dois dispositivos, quais sejam, os artigos 33, § 4º e 44, os quais transcrevo: (...)

O legislador, atento para a possibilidade de redução da pena do crime de tráfico de drogas para quantum compatível com a substituição (pena não superior a quatro anos - Artigo 44,1, CP) em razão da aplicação da causa de diminuição também prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, optou por proibir a substituição.

Recentemente, no entanto, o plenário do Supremo Tribunal Federal, na ocasião do julgamento do Habeas Corpus nº 97.256/RS, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei de Drogas que proibiam a substituição da pena de reclusão por penas restritivas de direitos para condenados por tráfico de drogas: (...)

Dessa forma, diante da recente declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei de Drogas que vedavam a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos pelo Supremo Tribunal Federal, impõe-se a análise da possibilidade de substituição no caso em apreço.

Por oportuno, destaca-se a inexistência de violação à cláusula de reserva de plenário (estatuída no artigo 97 da Constituição Federal) ou ao disposto no Enunciado de Súmula Vinculante nº 10 da Suprema Corte, pois, nos termos do parágrafo único do artigo 481 do Código de Processo Civil, é desnecessária a declaração de inconstitucionalidade de dispositivo legal pelo Conselho Especial deste Tribunal de Justiça quando já houver



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pronunciamento deste ou do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Passado o esclarecimento, consigna-se que, para a substituição pretendida, necessário se faz o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos previstos no artigo 44 do Código Penal.

O artigo 44 do Código Penal assim dispõe: (...)

Na espécie, a pena privativa de liberdade aplicada foi de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão. Verifica-se também que o recorrente é primário, não possui maus antecedentes, e que a pena-base foi fixada no mínimo legal (fl. 149), o que indica que as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal foram avaliadas favoravelmente pelo Julgador sentenciante.

Ressalte-se, ainda, que embora a potencialidade lesiva da droga seja alta ("crack"), a quantidade de entorpecente é inexpressiva (7,02g - fls. 105/107), o que autoriza a substituição da pena. Nesse sentido já decidiu esta Corte: (...) **Assim, substituo a pena privativa de liberdade imposta ao recorrente por 02 (duas) restritivas de direitos, nos moldes e condições a serem estabelecidas pelo Juízo da Vara de Execuções das Penas e Medidas Alternativas.**

Diante da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, e considerando que a sentença condenatória negou ao apelante o direito de recorrer em liberdade (fl. 151), determino a expedição de alvará de soltura, devendo o recorrente ser colocado em liberdade, se não estiver preso por outro motivo. (fls. 30-45).

Daí o presente *mandamus*, no qual o impetrante alega que o paciente faz jus a iniciar a pena no regime aberto, uma vez que o regime mais severo foi estabelecido com base na hediondez do delito (art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/90).

Requer seja fixado o regime inicial aberto para o cumprimento da pena.

As informações foram juntadas às fls. 61-78 e 92-94.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 81-87, da lavra da Subprocuradora-Geral da República Lindôra Maria Araújo, opinando pela denegação da ordem.

Segundo as últimas informações "atualmente os autos se encontram no aguardo de diligências visando a intimação do sentenciado para cumprimento da pena nos atuais termos, ou seja, 329 horas de prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária em valor a ser definido após análise socioeconômica" (fl. 94).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 227.834 - DF (2011/0297787-5)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. APELAÇÃO JULGADA. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. REGIME INICIAL FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. ILEGALIDADE MANIFESTA. OCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Hipótese em que há flagrante ilegalidade a ser sanada. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

3. *In casu*, a negativa de abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena baseou-se, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores. Notabiliza-se, porém, que o Tribunal de origem, embora tenha mantido o regime mais severo, concedeu a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

4. *Writ* não conhecido. **Ordem concedida, de ofício**, para estabelecer o regime aberto como o inicial de cumprimento da pena, mantida a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, concedida pelo Tribunal de origem.

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 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)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Cumpre 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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 expandido, no sentido de ser inconstitucional o dispositivo da Lei n.º 11.343/2006 que veda a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos.

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

O Senado Federal resolve:

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

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

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

"*Habeas corpus*. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei n.º 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 hipótese vertente, verifica-se que a negativa de abrandamento do regime inicial baseou-se, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

Ademais, é de ver que o Tribunal de origem, embora tenha mantido o regime mais severo, concedeu a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Dessarte, de rigor a modificação do regime inicial de cumprimento da pena para o aberto.

Ante do exposto, não conheço do *writ*. **Concedo a ordem, de ofício**, para estabelecer o regime aberto como o inicial de cumprimento da pena, mantida a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, concedida pelo Tribunal de origem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0297787-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 227.834 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 20110110456197

EM MESA

JULGADO: 15/08/2013

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : LUÍS CLÁUDIO VAREJÃO DE FREITAS - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : ELIELSON MIGUEL PACHECO 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 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 Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Assusete Magalhães.