



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 346.661 - SP (2016/0001995-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : JACKSON LUIS CALIXTO DA SILVA
ADVOGADO : JACKSON LUIS CALIXTO DA SILVA - SP154530
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : TELMA BATISTA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO. MÉRITO. ANÁLISE DE OFÍCIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADA A 5 ANOS, 7 MESES E 15 DIAS DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. PRISÃO DETERMINADA PELO TRIBUNAL APÓS O JULGAMENTO DA APELAÇÃO. POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. LEGALIDADE. RECENTE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. REGIME PRISIONAL FECHADO. NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO. PACIENTE PRIMÁRIA, CONDENADA A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUPERIOR A 4 E NÃO EXCEDENTE A 8 ANOS. REGIME INICIAL SEMIABERTO QUE SE IMPÕE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. 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.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, *entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência* (HC n. 126292, julgado no dia 17 de fevereiro de 2016).

3. No particular, como a sentença condenatória foi confirmada pelo Tribunal de origem e porquanto encerrada a jurisdição das instâncias ordinárias (bem como a análise dos fatos e provas que assentaram a culpa do condenado), é possível dar início à execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da condenação, sem que isso importe em violação do princípio constitucional da presunção de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inocência.

4. 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. Diante disso, há de ser afastado o fundamento da hediondez do delito na fixação do regime fechado.

5. Tratando-se de ré primária, condenada a pena superior a 4 e não excedente a 8 anos, e considerando, ainda, que a quantidade de entorpecente apreendido não justifica, no caso, a fixação de regime mais gravoso, estabeleço o inicial semiaberto, a teor do art. 33, §§ 2º, "b", e 3º, do Código Penal. Precedentes.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para modificar o regime de cumprimento da pena para o inicial semiaberto, nos termos do art. 33, §§ 2º, "b", e 3º, do Código Penal.

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 "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de novembro de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 346.661 - SP (2016/0001995-5)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : JACKSON LUIS CALIXTO DA SILVA
ADVOGADO : JACKSON LUIS CALIXTO DA SILVA - SP154530
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : TELMA BATISTA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em benefício de TELMA BATISTA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, após dar parcial provimento à apelação n. 0001148-45.2011.8.26.0104 interposta pela defesa, determinou a expedição de mandado de prisão.

Infere-se dos autos que a paciente foi condenada, por infração ao art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 5 anos, 7 meses e 15 dias de reclusão, em regime inicial fechado, além de multa, sendo-lhe concedido o direito de recorrer em liberdade.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação que foi parcialmente provida, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 74):

TRÁFICO DE DROGAS - Posse de 48 porções de cocaína — Materialidade e autoria comprovadas, especialmente diante dos seguros e coesos depoimentos dos policiais, que apreenderam significativa quantidade de entorpecentes na casa dos réus, confirmando as delações recebidas — Condenação — Hipótese — Pena-base fixada em 1/8 acima do piso em face da quantidade de drogas — Manutenção do tímido acréscimo diante da inércia da Justiça Pública — Substituição da corporal obstaculizada pelo montante da pena e gravidade do delito — Imperiosa fixação do regime inicial fechado — Recurso parcialmente provido, no caso apenas para retificar a pena de multa, cujo cálculo contém erro aritmético.

Na presente impetração, a defesa alega, em síntese, a existência de constrangimento ilegal "em relação à imposição de cessar o direito de recorrer em liberdade, já que a condenada aguardou em liberdade todo o andamento processual" (e-STJ fl. 2).

Sustenta, ainda, que a fixação do regime fechado para o início do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cumprimento da pena está fundado apenas no caráter hediondo do delito de tráfico. Em complemento, ressalta que a fixação de regime inicial semiaberto é incompatível com a vedação de apelar em liberdade.

Diante disso, requer a revogação da custódia cautelar e, subsidiariamente, a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar ou pelo regime semiaberto.

Deferida a liminar pela eminente Ministra Laurita Vaz, no exercício da Presidência (e-STJ fls. 38/42) e prestadas as informações (e-STJ fls. 64/89), o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* e, caso conhecido, pela denegação da ordem (e-STJ fls. 95/99).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 346.661 - SP (2016/0001995-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

O presente *habeas corpus* não merece ser conhecido por ausência de regularidade formal, qual seja, a adequação da via eleita.

No caso, a impetração insurge-se contra acórdão do Tribunal de origem que denegou a ordem pleiteada em prévio *writ*, o que, de acordo com a nossa sistemática recursal, enseja a hipótese do recurso ordinário previsto no art. 105, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal.

O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando assim o sistema recursal vigente. Admite-se, entretanto, em casos de flagrante ilegalidade, a concessão da ordem, de ofício

Assim, embora o presente *habeas corpus* não possa ser conhecido, em respeito ao princípio constitucional da ampla defesa e para prestigiar a finalidade do remédio constitucional, passo à análise das teses suscitadas pela defesa, a fim de verificar se é o caso de flagrante constrangimento ilegal hábil a justificar a atuação, de ofício, deste Superior Tribunal de Justiça.

Busca-se, em síntese, a revogação da determinação de expedição de mandado de prisão em desfavor da ora paciente, estabelecida pelo Tribunal de origem por ocasião do julgamento da apelação defensiva, que manteve a condenação imposta em primeira instância pela prática do delito de tráfico ilícito de entorpecentes.

Em outras palavras, a questão jurídica limita-se a verificar se é possível dar início à execução provisória da pena, haja vista, sobretudo, que a sentença condenatória, que foi confirmada pelo Tribunal de origem, teria garantido à paciente o direito de recorrer em liberdade.

O art. 5º, LVII, da Constituição Federal, de fato, estabelece o princípio da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

presunção de inocência: *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*. No Brasil, por uma opção do legislador constituinte, adota-se o sistema do trânsito em julgado para a quebra da presunção de inocência.

Partindo da premissa constitucional da não culpabilidade e em observância ao que determina o art. 283 do Código de Processo Penal, desde fevereiro/2009 (STF/HC n. 84.078/MG) e até o mês de fevereiro/2016 (STF/HC n. 126.292/MG), prevalecia, nos Tribunais Superiores, o entendimento de que a privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime, mesmo que determinada pelo Tribunal local após o julgamento da apelação, revestia-se de caráter excepcional (art. 5º, LXI, LXV e LXVI, da CF). Embora possível, a segregação cautelar deveria estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF) que demonstrasse a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Isso porque se tratava de prisão com natureza cautelar e preventiva.

Nesse sentido:

[...] 3. *Esta Corte possui entendimento de que a prisão decretada por ocasião do acórdão condenatório recorrível possui natureza cautelar, de forma que o Tribunal deve adotar fundamentos idôneos a justificar a necessidade da prisão antes do trânsito em julgado da referida decisão, o que não ocorreu no presente caso. [...]* (HC 298.756/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2015, DJe 03/08/2015).

[...] 4. *O exaurimento dos recursos nas instâncias ordinárias, por si só, não exime o Tribunal de fundamentar a segregação cautelar do acusado, em especial quanto à necessidade da prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Precedentes do STF e desta Corte.*

5. *Habeas corpus não conhecido. Acolhido o parecer ministerial. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer a decisão singular que facultou ao paciente o direito de recorrer em liberdade.* (HC 308.788/SP, minha Relatoria, julgado em 01/09/2015, DJe 08/09/2015).

Esta orientação jurisprudencial, entretanto, foi recentemente reformulada: o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao negar o *Habeas Corpus* (HC) 126292, entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência. Para o relator do caso, Ministro Teori Zavascki, a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena. Confira-se, por oportuno, a ementa do referido acórdão:

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

2. Habeas corpus denegado.

(HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016, g.n.).

Em nova oportunidade, desta vez em sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADCs ns. 43 e 44), o Plenário da Corte Suprema, em 5/10/2016, reafirmou o entendimento de que o art. 283 do CPP não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>).

Sobre o disposto no art. 283 do CPP, faço a mesma ressalva da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, em situação análoga:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. HABEAS CORPUS. ARGUMENTOS APRESENTADOS NA SUSTENTAÇÃO ORAL. OMISSÕES QUE DEVEM SER SANADAS. ACOLHIMENTO.

1. O art. 283 do Código de Processo Penal, ao condicionar a prisão à sentença definitiva, sem dúvida, é corolário do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, que determina que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado. Contudo, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que não viola a garantia constitucional a prisão determinada após esgotadas as instâncias ordinárias. Ressalva do entendimento da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relatora quanto ao mérito da questão.

2. Diante do aludido posicionamento da Corte Suprema, não há ilegalidade na determinação da execução da pena após rejeitados os embargos de declaração formulados contra o acórdão da apelação.

3. Embargos de declaração acolhidos para sanar as omissões apontadas, sem alteração do julgado. (EDcl no HC 354.441/PE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016).

Assim, a partir de agora, o guardião da Constituição Federal esclarece (determinando) que a segregação do cidadão, após o exaurimento da jurisdição das instâncias ordinárias, independe do preenchimento dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal porque representa a (então autorizada) execução provisória da pena, não havendo mais que se falar em prisão preventiva.

De outra parte, não há que se falar em *reformatio in pejus*, pois a prisão decorrente de decisão confirmatória de condenação do Tribunal de apelação não depende do exame dos requisitos previstos no art. 312 do CP. Está na competência do juízo revisional e independe de recurso da acusação. No ponto, a bela tese desenvolvida pela defesa tem por base respeitável diretriz pretoriana superada:

(...)A ausência de efeito suspensivo ao Recurso Especial não acarreta, por si só, a execução provisória da pena, quando não fundamentada a constrição cautelar nas hipóteses do art. 312 do Código de Processo Penal. Precedentes do STF e do STJ. VI. Conforme julgado desta Corte, "a decretação da prisão cautelar pela Corte de 2º grau, em recurso exclusivo da Defesa, constitui inadmissível reformatio in pejus" (STJ, HC 180363/ES, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe de 12/04/2011). VII. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no Ag 1336499/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 17/06/2013).

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. MÉRITO. ANÁLISE DE OFÍCIO. PRISÃO CAUTELAR. ROUBO MAJORADO. PACIENTE CONDENADO, EM PRIMEIRA INSTÂNCIA, A 6 ANOS E 3 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO, GARANTIDO O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. SENTENÇA CONFIRMADA EM SEGUNDA INSTÂNCIA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(COM MINORAÇÃO DA PENA). PRISÃO DETERMINADA PELO TRIBUNAL. POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. LEGALIDADE. RECENTE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

(...)

3. No particular, como a sentença condenatória foi confirmada pelo Tribunal de origem e porquanto encerrada a jurisdição das instâncias ordinárias (bem como a análise dos fatos e provas que assentaram a culpa do condenado), é possível dar início à execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da condenação, sem que isso importe em violação do princípio constitucional da presunção de inocência. Ademais, a sentença assegurou ao paciente o direito de recorrer em liberdade, o que representa a prerrogativa de tão somente apelar em liberdade, como ocorreu, valendo ressaltar que os recursos especial e extraordinário não são dotados, regra geral, de efeito suspensivo.

4. ***De outra parte, não há que se falar em reformatio in pejus, pois a prisão decorrente de decisão confirmatória de condenação do Tribunal de apelação não depende do exame dos requisitos previstos no art. 312 do CP. Está na competência do juízo revisional e independe de recurso da acusação. Precedentes da Corte.***

5. *Habeas Corpus não conhecido.* (HC 360.586/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 06/09/2016)

No mesmo diapasão: HC 361.269/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 22/09/2016 e HC 354.441/PE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/06/2016, DJe 14/06/2016.

Como já dito, diante da guinada jurisprudencial do STF, acima indicada, não se discute mais, nesta fase processual, os pressupostos legais da prisão cautelar. Trata-se de execução provisória da pena, que somente poderá ser sustada se concedido efeito suspensivo ao recurso especial interposto.

Na espécie, como visto, a paciente foi condenada em primeira instância à pena de 5 anos, 7 meses e 15 dias de reclusão em regime inicial fechado pela prática do delito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

previsto no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, tendo-lhe sido concedido o direito de recorrer em liberdade (e-STJ fls. 17/23).

O Tribunal de origem, por sua vez, deu parcial provimento à apelação interposta pela defesa, apenas para reduzir a pena de multa imposta em primeiro grau (e-STJ fls. 24/35), e determinou a imediata execução da pena.

Diante do julgamento do recurso de apelação, foi interposto, pela defesa, recurso especial que, como se sabe, não é dotado de efeito suspensivo.

Assim sendo, como a sentença condenatória foi confirmada pelo Tribunal de origem e porquanto encerrada a jurisdição das instâncias ordinárias (bem como a análise dos fatos e provas que assentaram a culpa do condenado), é possível dar início à execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da condenação, sem que isso importe em violação do princípio constitucional da presunção de inocência.

Lado outro, como é cediço, o regime de cumprimento de pena mais gravoso até pode ser estabelecido, mas, para tanto, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos.

In casu, a sentença condenatória, não obstante o *quantum* da condenação (5 anos, 7 meses e 15 dias), fixou o regime inicial fechado com base, exclusivamente, na hediondez do delito, conforme segue (e-STJ fl. 22):

A pena privativa de liberdade para ambos os acusados deverá ser cumprida inicialmente em regime fechado, ante o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90.

O Tribunal local, por sua vez, ao julgar o apelo defensivo, manteve o regime prisional estabelecidos na sentença, tendo o voto condutor do acórdão recorrido assentado que (e-STJ fls. 33/35):

De resto, o regime fechado para início de cumprimento das corporais decorre da Lei n.º. 8.072/90, já com a redação trazida pela Lei n.º. 11.464/07, sendo o único cabível diante do crime em tela, ainda mais em razão da circunstância judicial desfavorável antes apontada.

Solução mais branda ensejaria sentimento de impunidade e incentivaria a prática de crime que há muito atormenta a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

população, decorrendo o retiro pleno do maior rigor conferido pela própria Constituição Federal diante de delitos hediondos ou a estes equiparados (artigo 5º, XLIII).

Isso, destaque-se, não representa mera opinião do julgador a respeito da gravidade do crime; a providência decorre, sim, de fato concreto facilmente constatado através de circunstância judicial desfavorável (porte de quantidade considerável de drogas), a par do cometimento de infração penal de indiscutíveis gravidade e repercussão.

"O regime prisional inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei nº. 11.464/2007, que deu nova redação ao § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90" (STJ, HC 207414, Relatora Ministra LAURITA VAZ, julgado 04-10-2011).

A providencia é absolutamente necessária, porquanto o delito praticado traz marcante intranquilidade, denotando não ter o agente compromisso com regras de convivência social, deixando de merecer afago do Estado, pelo menos antes de se submeter ao regime imposto como forma de angariar confiança e, assim, ser colocado em contato com a mesma sociedade já severamente prejudicada.

Julgado da Suprema Corte voga nas mesmas águas: "1. A pretensão do paciente esbarra na literalidade da norma legal — seja na redação original, seja na redação atual já que as penas privativas de liberdade aplicadas para os agentes que cometem crimes hediondos ou equiparados terão obrigatoriamente que ser cumpridas em regime inicialmente fechado. 2. Não há que se falar em violação aos princípios de dignidade da pessoa humana, individualização da pena e proporcionalidade, como pretende o impetrante" (cf. STF, HC 103.011 /RN, 2ª T., relª. Minª. Ellen Gracie, LexSTF 382/450).

Confira-se, também, STF, HC 103.141 /PR, 2ª T., rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe - 27 de 10/02/2011, impondo destacar que, consoante a recente Súmula 512 do Superior Tribunal de Justiça, nem mesmo o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 afastaria a hediondez do tráfico de drogas.

"De outra parte, consoante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, fixada a pena-base acima do mínimo legal, porquanto reconhecidas as circunstâncias judiciais desfavoráveis previstas no art. 59 do Código Penal. é cabível a imposição regime prisional mais gravoso ao réu, a teor do disposto no art. 33, § 3º, do mesmo diploma legal" (HABEAS CORPUS N. 117.812 -MG, julgado 12-5-2009, grifei).

"3. Desfavoráveis as circunstâncias judiciais, não há ilegalidade na fixação de regime mais gravoso, como reiteradamente tem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decidido esta Corte. 4. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não se mostra adequada, quando não atendidos os requisitos subjetivos do inciso III do art. 44 do Código Penal. 5. Precedentes do STJ. 6. Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial" (HC 91.822/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 21/10/2008, DJe 09/12/2008, grifei).

Também sobre o tema, STJ, HC 84.543/MS, HC 55.367/SP e HC 77.967/SP.

Pela leitura dos excertos acima, verifica-se que tanto a sentença quanto o acórdão recorrido mencionaram a hediondez e a gravidade abstrata do delito como motivação à imposição do regime inicial fechado, argumentos que devem ser afastados, pois discrepantes do entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal e seguido por esta Corte.

Por outro lado, a Corte de origem, no julgamento do recurso de apelação, conferiu legalidade ao regime mais gravoso, ao destacar a quantidade da droga apreendida em poder da paciente, fundamento idôneo a ensejar uma maior repressão estatal, ante a gravidade concreta do delito.

Contudo, embora válido o argumento utilizado pelo acórdão recorrido para o recrudescimento do regime, entendo que não se justifica a imposição do regime fechado à ora paciente, pois, apesar de a droga apreendida ser bastante nociva - *cocaína* -, a quantidade não foi tão elevada (*89,86 gramas*) a ponto de tornar necessário o regime mais gravoso do que a pena de 5 anos, 7 meses e 15 dias de reclusão comporta.

Dessa forma, considerando o montante da pena aplicada e, ainda, tendo em vista a primariedade da paciente, o regime inicial semiaberto é o que mais se adequa à hipótese, consoante dispõe o art. 33, §§ 2º, "b", e 3º, do Código Penal.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ANOS DE RECLUSÃO. HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. QUANTIDADE DE DROGA NÃO SIGNIFICATIVA. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. INVIABILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

6. Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, o julgador deve observar os critérios do art. 33 do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

7. Fixada a pena do paciente em 5 anos de reclusão, e reconhecida sua primariedade, o regime semiaberto é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do CP, sobretudo quando considerado que quantidade de droga apreendida não é expressiva para justificar o regime mais gravoso.

(...)

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime semiaberto como inicial para cumprimento da pena. (HC 357.934/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 28/06/2016) - grifei.

(...)

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 11.464/2007. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI N. 11.464/2007. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE MODO DIVERSO DO FECHADO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA APTA A JUSTIFICAR O REGIME MAIS GRAVOSO. FAVORABILIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CP. COAÇÃO ILEGAL CARACTERIZADA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, com a redação que lhe foi conferida pela Lei 11.464/2007, que estabelecia o modo inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos delitos hediondos cometidos após a sua entrada em vigor, o regime prisional para esses tipos de crimes deve agora ser fixado de acordo com o previsto no artigo 33 do Código Penal.

2. No caso dos autos, conquanto a autoridade apontada como coatora tenha fixado a reprimenda em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, estabeleceu o modo fechado para o resgate da reprimenda baseando-se na previsão contida no § 1º do artigo 2º da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Lei n. 8.072/1990 e na suposta gravidade do crime.

3. Entretanto, afastado o fundamento relativo à hediondez do crime e tendo em vista que a quantidade do entorpecente apreendido não foi exacerbada, considerando, ainda, a primariedade do paciente, a favorabilidade das circunstâncias judiciais e a fixação da pena-base no mínimo legal, imperiosa a alteração para o semiaberto.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de alterar o regime inicial para o semiaberto. (HC 358.347/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 28/06/2016) - grifei.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem *ex officio*, apenas para modificar o regime de cumprimento da pena para o semiaberto, nos termos do art. 33, §§ 2º, "b", e 3º, do Código Penal.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0001995-5

HC 346.661 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00011484520118260104 11484520118260104 20150000942505

EM MESA

JULGADO: 17/11/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSE ADONIS CALLOU DE ARAUJO SA**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JACKSON LUIS CALIXTO DA SILVA
ADVOGADO : JACKSON LUIS CALIXTO DA SILVA - SP154530
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : TELMA BATISTA (PRESO)

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

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.