



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 306.742 - SP (2014/0264106-7)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ALEXANDRA PINHEIRO DE CASTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELISANGELA GOUVEIA

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA MINORANTE NO PATAMAR MÍNIMO. POSSIBILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. REGIME INICIALMENTE FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. **WRIT** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - Na hipótese, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de apelação criminal, reformou a sentença de 1ª instância, reduzindo para 1/6 (um sexto) a fração de incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, mantendo, contudo, a fixação do regime inicial fechado para o início do cumprimento da pena, com fundamento na gravidade em abstrata do delito.

IV - A expressiva quantidade de droga apreendida, aliada a outras circunstâncias próprias do caso concreto, ora pode impedir a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, caso em que estará evidenciada a dedicação à atividade delitiva ou participação efetiva em organização criminosa, ora pode funcionar como fator que, embora não impeça a aplicação da causa de diminuição, seja aferida



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

como parâmetro para definir o **quantum** da redução da pena. (Precedentes).

V - No caso concreto, agiu acertadamente o Tribunal **a quo**, ante a peculiaridade do caso, com a redução da reprimenda na fração mínima de 1/6 (um sexto), considerando, para tanto, a natureza e quantidade da droga apreendida (**3 kg de maconha**).

VI - Contudo, no que tange ao regime inicial de cumprimento de pena, é imperioso asseverar que o **Enunciado n. 440 da Súmula do STJ** afirma que *"fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito"*.

VII - Desta forma, tendo as instâncias ordinárias fixado o regime inicialmente fechado exclusivamente com fundamento no óbice imposto pelo art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, declarado inconstitucional pelo col. **Pretório Excelso**, o regime inicial do paciente deve ser apreciado sob a ótica do que prevêem os **arts. 33 c/c 59, ambos do Código Penal**.

VIII - **In casu**, da análise dos fundamentos expostos pelas instâncias ordinárias, quando da realização da dosimetria da pena, verifica-se que as circunstâncias judiciais da paciente foram avaliadas de modo inteiramente favorável, bem como por se tratar de indivíduo primário, razão pela qual o regime que melhor atende sua situação, nos termos do art. 33, § 2º, **b**, e § 3º, do Código Penal, é o semiaberto.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para, confirmando a liminar, fixar o regime inicial **semiaberto** para o cumprimento da pena.

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 Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC) e Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de abril de 2015 (Data do Julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 306.742 - SP (2014/0264106-7)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de ELISÂNGELA GOUVEIA, em face do v. acórdão proferido pela 10ª Câmara de Direito Criminal do eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

A paciente foi condenada pela prática da conduta prevista no art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/2006, às penas de 2 (dois) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 166 dias-multa, fixado no mínimo legal, por trazer consigo 3.673,8 g de maconha.

Irresignados, Ministério Público e defesa interpuseram apelação criminal perante o eg. Tribunal **a quo**, sendo a apelação da defesa desprovida e o recurso do **parquet** provido para aumentar as penas da paciente para 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa.

Daí o presente **writ**, no qual sustenta a impetrante a ausência de fundamentação do v. acórdão, ante a ilegalidade da fixação do regime inicial, uma vez que utilizou na terceira da fase da dosimetria a fração de 1/6 (um sexto), sem apontar qualquer motivo válido para não aplicação do redutor no patamar máximo previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Assevera que a paciente possui os requisitos legais para o cumprimento da pena em regime semiaberto, não podendo ser admitido a fixação do regime fechado com base na gravidade abstrata do delito, sob pena de violação ao princípio de individualização da pena.

Requer, ao final, a concessão da ordem, a fim de que sejam cassados o v. acórdão recorrido e a r. sentença no tocante à fixação do regime prisional para cumprimento da pena privativa de liberdade, o qual deverá ser estabelecido no regime semiaberto, uma vez que a paciente está grávida, é primária, possui residência fixa, emprego lícito e bons antecedentes.

A liminar foi por mim deferida, *"para que se observe em relação à paciente o regime semiaberto até o julgamento final deste **habeas corpus**"* (fls. 87-90).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

As informações foram prestadas às fls. 113-132.

O Ministério Público Federal, às fls. 133-137, manifestou-se pela concessão parcial da ordem, apenas para **conceder o regime prisional inicial semiaberto**.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 306.742 - SP (2014/0264106-7)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA MINORANTE NO PATAMAR MÍNIMO. POSSIBILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. REGIME INICIALMENTE FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. **WRIT** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - Na hipótese, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de apelação criminal, reformou a sentença de 1ª instância, reduzindo para 1/6 (um



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sexto) a fração de incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, mantendo, contudo, a fixação do regime inicial fechado para o início do cumprimento da pena, com fundamento na gravidade em abstrata do delito.

IV - A expressiva quantidade de droga apreendida, aliada a outras circunstâncias próprias do caso concreto, ora pode impedir a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, caso em que estará evidenciada a dedicação à atividade delitiva ou participação efetiva em organização criminosa, ora pode funcionar como fator que, embora não impeça a aplicação da causa de diminuição, seja aferida como parâmetro para definir o **quantum** da redução da pena. (Precedentes).

V - No caso concreto, agiu acertadamente o Tribunal **a quo**, ante a peculiaridade do caso, com a redução da reprimenda na fração mínima de 1/6 (um sexto), considerando, para tanto, a natureza e quantidade da droga apreendida (**3 kg de maconha**).

VI - Contudo, no que tange ao regime inicial de cumprimento de pena, é imperioso asseverar que o **Enunciado n. 440 da Súmula do STJ** afirma que *"fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito"*.

VII - Desta forma, tendo as instâncias ordinárias fixado o regime inicialmente fechado exclusivamente com fundamento no óbice imposto pelo art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, declarado inconstitucional pelo col. **Pretório Excelso**, o regime inicial do paciente deve ser apreciado sob a ótica do que prevêem os **arts. 33 c/c 59, ambos do Código Penal**.

VIII - **In casu**, da análise dos fundamentos expostos pelas instâncias ordinárias, quando da realização da dosimetria da pena, verifica-se que as circunstâncias judiciais da paciente foram avaliadas de modo inteiramente favorável, bem como por se tratar de indivíduo primário, razão pela qual o regime que melhor atende sua situação, nos termos do art. 33, § 2º, b, e § 3º, do Código Penal, é o semiaberto.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para, confirmando a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liminar, fixar o regime inicial **semiaberto** para o cumprimento da pena.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014).

As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

No que tange à incidência da minorante no patamar máximo, esta Corte vem decidindo que a expressiva quantidade de droga apreendida, **aliada a outras circunstâncias próprias do caso concreto**, ora pode **impedir** a incidência do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 - caso em que estará evidenciada a dedicação à atividade delitiva ou participação efetiva em organização criminosa, ora pode funcionar como fator que, embora não impeça a aplicação da causa de diminuição, seja tomada como **parâmetro** para definir o **quantum** da redução da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Destaco, outrossim, que o art. 42, da Lei nº 11.343/2006 determina que na fixação da reprimenda, além das circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal, sejam também consideradas, com preponderância, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, haja vista que, no tráfico de entorpecentes, tais fatores são relevantes para a fixação da reprimenda.

Assim, **na espécie**, tenho como irretocável o v. acórdão condenatório que, analisando as circunstâncias do caso concreto, **aplicou** a redução da pena no percentual mínimo de 1/6 (um sexto), tendo em vista as peculiaridades do caso, quais sejam, a considerável quantidade de droga apreendida e a natureza da substância entorpecente (**3 kg de maconha**).

Neste sentido, colaciono os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. APLICAÇÃO EM PATAMAR INFERIOR A 2/3. LEGALIDADE.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. **A quantidade e a quantidade da droga justificam a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em patamar inferior a 2/3.**

3. *Habeas corpus não conhecido*" (HC 214.109/ES, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 25/3/2015).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO DO REDUTOR EM PATAMAR DIVERSO DO MÁXIMO. DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE.

1. [...]

2. **Na espécie, o Tribunal de origem reformou o entendimento do Juízo de 1º grau para aplicar a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em 1/6 (um sexto). Natureza e quantidade das substâncias consideradas na primeira fase de fixação da pena.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Não havendo ilegalidade patente no quantum de redução pela minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, é vedado, na estreita via do habeas corpus, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória.

4. [...]

5. Habeas corpus não conhecido" (HC 295.898/BA, Quinta turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe de 2/2/2015).

Quanto à fixação do regime **semiaberto**, o v. acórdão recorrido, ao reformar os fundamentos expostos na r. sentença, aumentou a pena fixada para 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses e 416 dias-multa, todavia, manteve a fixação do regime fechado para o cumprimento inicial da pena imputada à paciente da seguinte forma:

"[...] Embora prevendo penas mais rigorosas no art. 33 e §1º, dispõe expressamente a nova lei no §4º do mesmo artigo que "as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa" (grifei).

Mas esse dispositivo legal não pode ser desassociado do art. 42 da mesma lei, ao estabelecer que o juiz, "na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente", (aqui grifado).

[...]

Em se tratando de descrever condutas que devem ser sancionadas penalmente deve o legislador considerar, antes de tudo, que será em vão tipificar as reprováveis se a redação do dispositivo ou de pontos nebulosos e conflitantes não atender convenientemente à técnica preconizada, respeitados os princípios da dogmática penal. A lei penal está fundamentada na necessidade de promover a defesa social, devendo ser clara, de fácil compreensão e objetiva aplicação.

Por isso é que as penas mínimas, de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, serão reduzidas de somente 1/6, chegando-se a 4 anos e 2 meses de reclusão e 416 dias-multa.

Esta Câmara Criminal vinha entendendo que os crimes considerados hediondos ou a eles equiparados e o é o tráfico de entorpecentes - não admitiam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Mas considerando a Resolução nº 5, do Senado Federal, publicada em 15.02.2012, suspendendo a eficácia da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", contida no § 4º do art. 33, da Lei nº 11.343/06, passou a decidir que, em casos excepcionais, e presentes os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, cabível é o benefício.

Não é o caso dos autos, data máxima vênia, considerando a quantidade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

maconha apreendida em poder da acusada -3.673,8 g.

O regime será o inicial fechado considerando a pena imposta neste julgamento, assim como por se tratar de crime de inegável gravidade, equiparado aos hediondos, com apreensão de enorme quantidade de droga" (fls. 48-56).

Depreende-se da leitura do excerto acima que **não foi invocado outro fundamento para a imposição do regime inicial fechado ao paciente que não o óbice imposto pelo art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90**, razão pela qual a ordem deve ser concedida de ofício.

É que o Supremo Tribunal Federal, nos autos do **HC n. 111.840/ES**, declarou a inconstitucionalidade do § 1º, art. 2º, da Lei n. 8.072/90, não sendo mais cabível a imposição do regime inicial fechado a todos os condenados por crimes hediondos, devendo-se proceder a uma análise caso a caso das condições dos sentenciados, em homenagem ao princípio da individualização da pena, insculpido no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal. Nesse sentido, precedentes dessa Corte:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. NEGATIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE CONCRETA. MODUS OPERANDI. PACIENTE QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODO O PROCESSO. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. ANÁLISE A SER FEITA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. [...]

2. [...]

3. 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, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

4. In casu, foi fixado o regime inicial fechado com base, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

5. [...]

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Tribunal a quo fixe o regime inicial de cumprimento de pena à luz das balizas delineadas pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal" (HC 263.249/CE, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 29/10/2014).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06, EM SEU PATAMAR MÍNIMO. QUANTUM DESPROPORCIONAL. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGAS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. INCIDÊNCIA DO ART. 46 DA LEI DE DROGAS. SEMI-IMPUTABILIDADE RECONHECIDA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. GRADAÇÃO DO REDUTOR CONFORME O GRAU DE INCAPACIDADE DO RÉU. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. ART. 2º, § 1º, DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS.

1. [...]

2. [...]

3. [...]

4. [...]

5. [...]

6. [...]

7. **No concernente ao regime prisional para o cumprimento da pena privativa de liberdade, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 10.072/90, com a redação dada pela Lei n.º 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar o disposto no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.**

8. [...]

9. [...]

10. **Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente para 10 (dez) meses de reclusão e 170 (cento e setenta) dias-multa, no regime aberto, substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos" (HC 167.376/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Gurgel de Faria**, DJe de 1º/10/2014).**

Nesse sentido, quanto ao fundamento ora invocado, a impossibilidade de sua utilização encontra-se consolidada na jurisprudência pátria, conforme pode se depreender dos enunciados n. **718** e **719** da Súmula/STF, e n. **440** da Súmula/STJ, os quais transcrevo a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seguir, respectivamente:

"A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada."

"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."

"Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito."

Portanto, da análise dos fundamentos expostos pela instâncias ordinárias, quando da realização da dosimetria da pena, verifica-se que as circunstâncias judiciais do paciente foram avaliadas de modo inteiramente favorável, com a fixação da pena-base no mínimo legal, bem como em razão da primariedade da paciente, razão pela qual o regime que melhor atende sua situação, em razão da pena imposta, nos termos do art. 33, § 2º, **b**, e § 3º, do Código Penal, é o **semiaberto**.

Ante o exposto, **não conheço do habeas corpus. Concedo, entretanto, a ordem de ofício apenas para, confirmando a liminar, fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena.**

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0264106-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 306.742 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00760220320108260050 050100760228 17312010 20120000323110 50100760228
760220320108260050

EM MESA

JULGADO: 07/04/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ALEXANDRA PINHEIRO DE CASTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELISANGELA GOUVEIA

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC) e Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) votaram com o Sr. Ministro Relator.