



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 340.540 - SP (2015/0281160-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GUILHERME DINIZ BARBOSA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALINE NEPOMUCENO DE CAMPOS

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. NEGATIVA. QUANTIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL OCORRÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO *IN CONCRETO* DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. O Colegiado estadual afastou a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em razão da quantidade das drogas apreendidas - 32 g de maconha, 42 g de *crack* e 68 g de cocaína - o que não configura manifesto constrangimento ilegal, porquanto devidamente fundamentada a negativa do benefício com fulcro no art. 42 da Lei n.º 11.343/06, que determina 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".

2. O regime inicial fechado foi fixado com base, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso *sub judice*, uma vez que as instâncias ordinárias não procederam à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelos arts. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado e a fundamentação referente à gravidade *in abstracto* do delito de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, ratificada a liminar outrora deferida até a deliberação do referido Juízo.

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 habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 17 de novembro de 2015(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 340.540 - SP (2015/0281160-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GUILHERME DINIZ BARBOSA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALINE NEPOMUCENO DE CAMPOS

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ALINE NEPOMUCENO DE CAMPOS, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 0077707-40.2013.8.26.0050).

A paciente foi condenada, como incurso no art. 33 da Lei 11.343/06, à pena de 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime fechado, e 416 dias-multa. A sanção foi assim aplicada:

Ré Aline

No que diz respeito à consideração das circunstâncias judiciais, tal qual previsão do art. 59 do Código Penal, em primeira fase de fixação da sanção, fixo a pena em 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

Em segunda fase de estabelecimento de sanção nada se verifica a alterar a pena-base. A atenuante da menoridade deve ser desprezada, já que não tem o condão de diminuir a pena aquém do seu mínimo.

Em terceira fase, entretanto, deve ser levada em consideração a causa especial de diminuição de pena prevista pelo §4º do art. 33 da Lei de Tóxicos, causa esta que, uma vez verificados seus requisitos, deve ser aplicada, ainda que de ofício. Neste tocante, considerando-se a quantidade da droga com ela apreendida aplico o redutor no seu patamar mínimo de 1/6, o que implica na reprimenda de 4 anos e 02 meses de reclusão, além de 416 dias-multa. Ainda de forma a legitimar a diminuição mínima da reprimenda tem-se a grande quantidade de crack apreendida (39 invólucros), sobretudo em se considerando ser o este tipo de droga a única de consumo imediato, pois sua compulsão é muito forte. A título de curiosidade, chega a ser cinco vezes mais potente que a cocaína e sua descoberta praticamente aboliu o uso de cocaína injetável, pela sua simplicidade de se atingir o prazer. Quando usado junto com o álcool deixa o usuário mais agressivo e eleva em muito a pressão arterial podendo levar rapidamente à morte. A figura do traficante, neste contexto, se vale da fraqueza dos usuários, estimulando o uso e disseminando a venda, o que torna mais reprovável sua conduta. Considerando-se que quem usa crack só tem dois momentos na vida: ou está usando a droga ou está atrás de dinheiro para comprá-la e é aí que ocorre o crime, o traficante faz parte da cadeia delituosa e, por isso, merece tratamento penal mais rigoroso.

A pretensão da defesa de ter a pena privativa de liberdade substituída por sanção restritiva de direito esbarra na quantidade da pena imposta. E ainda que assim não fosse, não merece acolhida, pois a pena restritiva de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

direitos é instrumento destinado a evitar a retirada do convívio social de condenados por delitos de menor potencial ofensivo, situação bem diversa da hipótese vertente, que trata de crime classificado como hediondo, cuja prática revela toda a temibilidade do agente, a impor resguardo da sociedade com o efetivo desconto da sanção carcerária, revelando, assim, ser a substituição de todo incompatível com os propósitos traçados pela legislação especial.

Fixo, por fim, o regime fechado para início do cumprimento da pena, consoante regra do art. 2º, § 1º da Lei 8072/90, conforme redação que lhe foi atribuída pela Lei 11.464/07, redação esta que afastou o vício de inconstitucionalidade que maculava o texto original da lei. E outro não pode o regime que não o inicial fechado. Inclusive já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça que "a quantificação da pena-base no mínimo legal não impõe necessariamente o regime prisional mais brando, apesar da identidade de critérios legais de aplicação daquela e fixação deste (CP, arts 33, §2º, 59 e 68). A gravidade do crime e a periculosidade do agente são circunstâncias aptas a realizar a preterição de um regime mais brando (semiaberto) para o mais rigoroso (fechado) (STJ-RHC 9293/SP, 6ª Turma, rel. Min Fernando Gonçalves). E, neste tocante, devem ser consideradas as consequências nefastas do crime, que desmantela famílias inteiras, a começar pelas da própria acusada que, perambulam pelas ruas em detrimento do sofrimento de suas famílias abandonadas.

À míngua de outros elementos que autorizem a "progressão imediata" de regime de cumprimento da pena, a despeito de considerar o tempo que a réu se encontra detida, mantenho-a no regime inicial fechado, nos termos da nova redação do artigo 387, §2º, do CPP. Isto porque não basta apenas o requisito objetivo da pena, mas também os subjetivos e, à míngua destes, mantenho o regime inicial aplicado (fls. 10/20).

O Tribunal de origem deu parcial provimento ao apelo do *parquet*, para majorar a sanção para 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, e negou provimento ao recurso defensivo. No que interessa, consignou:

Para ALINE as penas merecem As bases foram fixadas nos mínimos legais e após reduziu-se um sexto pela aplicação do § 4º, do artigo 33, da Lei de Tóxicos, totalizando quatro anos e dois meses de reclusão, e pagamento de quatrocentos e dezesseis dias-multa mínimos.

Entretanto, tais penas não podem ser reduzidas com base na causa especial de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em atenção à quantidade dos entorpecentes apreendidos, consoante disposto no artigo 42, da novel legislação de tóxicos, que deve ser interpretado em conjunto, tornando-se definitivas em cinco anos de reclusão e pagamento de quinhentos dias-multa mínimos.

A atenuante da menoridade relativa não teria o condão de reduzir as reprimendas aquém do mínimo nos termos da Súmula nº 231, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

(...)

A substituição da pena corporal por restritivas de direitos e a concessão do sursis, não se mostram cabíveis, suficientes e socialmente recomendáveis ante a natureza do delito, ainda equiparado a hediondo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tal posicionamento em nada fere recente decisão do Excelso Pretório amparando a substituição, visto que a mesma foi tomada por maioria apertada (6x4).

De forma idêntica, a Resolução nº 05/12, do Senado Federal, também não obsta aquele posicionamento, visto que o artigo 44, "caput", da Lei de Tóxicos permanece íntegro.

(...)

Não desconheço que foi reconhecida a inconstitucionalidade desse dispositivo pelo Excelso Pretório (HC 97.256) no ano de 2010, mas essa decisão foi tomada por maioria apertada (6x4) e valeu somente para o processo julgado (incidenter tantum).

Nesse sentido, magistério de Guilherme de Souza Nucci:

(...)

A recente edição da Resolução nº 5, de 2012, pelo Senado Federal, que suspendeu a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º, do artigo 33, da Lei de Tóxicos, em nada altera, no meu entender, a solução aqui proposta, posto que o crime, como se sabe, equipara-se aos hediondos e a aplicação de pena vicariante não reprovava a contento a prática de tão grave crime. Ademais, por opção do legislador, o artigo 44, caput, referido resta íntegro, aplicando-se, por isso, in totum o argumento acima exposto.

Anoto, apenas para esclarecer minha convicção a respeito da hediondez do delito, que o chamado "tráfico privilegiado" (art. 33, § 4º, da Lei de Tóxicos) continua equiparando-se aos crimes hediondos, na esteira de julgados como estes, os quais transcrevo a seguir:

(...)

O regime prisional inicial fechado decorre de texto expresso de lei (fls. 21/37).

Pretende o impetrante a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, haja vista o preenchimento dos requisitos legais. Defende que "a inexistência de condenações pretéritas, por si só, autoriza a incidência do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas".

Acentua que "não pode ter afastada a aplicação de um direito subjetivo por meras suposições quanto ao envolvimento com atividades criminosas, as quais não restaram comprovadas".

Argumenta que "a quantidade, a natureza e a variedade de entorpecentes apreendidos são circunstâncias que devem ser sopesadas na primeira fase da individualização da pena, nos termos do art. 42 da Lei de Drogas, sendo impróprio invocá-la para afastar a aplicação do artigo 33, § 4º, do mesmo diploma".

Realça que a paciente foi absolvida quanto à acusação de associação para o tráfico.

Insurge-se, também, contra a aplicação do regime prisional fechado, amparado no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 e na gravidade abstrata do delito. Ressalta que a pena-base foi fixada no mínimo legal e a paciente é primária. Portanto, reduzida a reprimenda, caberia o regime aberto ou o semiaberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Requer, liminarmente, a imediata transferência da paciente para o regime semiaberto. No mérito, pugna pela concessão da ordem a fim de que seja aplicado o art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, em seu patamar máximo, adequando-se o regime prisional.

A liminar foi deferida a fim de autorizar que a paciente aguardasse em regime semiaberto o julgamento definitivo do *writ* (fls. 57/61).

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral Maria Hilda Marsiaj Pinto, pelo não conhecimento do *writ* (fls. 73/80).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 340.540 - SP (2015/0281160-6)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. NEGATIVA. QUANTIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL OCORRÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO *IN CONCRETO* DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. O Colegiado estadual afastou a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em razão da quantidade das drogas apreendidas - 32 g de maconha, 42 g de *crack* e 68 g de cocaína - o que não configura manifesto constrangimento ilegal, porquanto devidamente fundamentada a negativa do benefício com fulcro no art. 42 da Lei n.º 11.343/06, que determina 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".

2. O regime inicial fechado foi fixado com base, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso *sub judice*, uma vez que as instâncias ordinárias não procederam à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelos arts. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado e a fundamentação referente à gravidade *in abstracto* do delito de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, ratificada a liminar outrora deferida até a deliberação do referido Juízo.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Destaco, inicialmente, que se trata de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, o que impede o seu conhecimento. Cabe avaliar, de qualquer sorte, a existência de ilegalidade patente, a ensejar a concessão de ordem de ofício.

Mister sublinhar que o art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 dispõe que as penas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

Da leitura dos autos, verifica-se que o Colegiado estadual afastou a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 em razão da quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas - 32 g de maconha, 42 g de *crack* e 68 g de cocaína (fl. 10).

Com efeito, o art. 42 da Lei Antidrogas determina 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".

Nesta senda, devidamente fundamentado a negativa da benesse com fulcro no art. 42 do Diploma Antidrogas, não há falar em constrangimento ilegal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. NEGATIVA. QUANTIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME FECHADO FIXADO EM RAZÃO DO FATO DE O DELITO DE TRÁFICO SER EQUIPARADO AOS CRIMES HEDIONDOS. MANIFESTA ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. O Colegiado estadual negou a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em razão da quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas, de modo que não há falar em constrangimento ilegal, porquanto devidamente fundamentado o afastamento do benefício com fulcro no art. 42 da Lei n.º 11.343/06, que determina 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".

2. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 7 anos, 5 meses e 7 dias de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

3. O regime inicial fechado foi fixado, exclusivamente, em razão do fato de o delito de tráfico ser equiparado aos crimes hediondos, o que configura manifesta ilegalidade, haja vista que a obrigatoriedade do regime inicial fechado prevista na Lei de Crimes Hediondos foi superada pelos Tribunais superiores, de modo que a mera natureza do crime não configura fundamentação idônea a justificar a fixação do regime mais gravoso.

4. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso sub judice, no tocante ao regime inicial de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cumprimento da pena, uma vez que o Tribunal de origem não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

5. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena, à luz do art.

33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

(HC 315.716/RS, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 26/05/2015, DJe 02/06/2015)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. QUANTIDADE E NATUREZA ALTAMENTE LESIVA DAS DROGAS APREENDIDAS. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. Revela-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 quando não preenchidos os requisitos subjetivos exigidos para o benefício.

2. A natureza e quantidade de droga apreendida - 104 tubos plásticos contendo cocaína e 47 invólucros contendo crack, perfazendo o total de 92 g - demonstra o grau de envolvimento do paciente com a narcotraficância, concluindo a Corte de Origem que não se tratava de traficante ocasional.

(...)

(HC 195.137/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 15/02/2012)

Quanto ao pleito de alteração do regime inicial de cumprimento de pena, mister destacar que 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 - foi superada pelo Pretório Excelso, órgão responsável pela análise de compatibilidade das leis com a Constituição Federal, 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:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 18.3.2010), bem como a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

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 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 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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, restou superada pela Suprema Corte e por este Tribunal Superior 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 e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

Com efeito, consoante esposado alhures, tais questões foram superadas pelos tribunais superiores, 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, deve o Magistrado avaliar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelos arts. 33 e parágrafos do Código Penal, o que não ocorreu na espécie.

Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso *sub judice*, uma vez que as instâncias de origem não procederam à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Ante do exposto, **não conheço** do writ. **Concedo a ordem, de ofício**, a fim de que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado e a fundamentação referente à gravidade *in abstracto* do delito de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, ratificada a liminar outrora deferida até a deliberação do referido Juízo.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0281160-6

HC 340.540 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00777074020138260050 15442013 20150000588747 777074020138260050

EM MESA

JULGADO: 17/11/2015

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: GUILHERME DINIZ BARBOSA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ALINE NEPOMUCENO DE CAMPOS
CORRÉU	: TIAGO BEZERRA ROCHA

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 habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.