HABEAS CORPUS Nº 541.026 - SP (2019/0315251-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	MATHEUS BARRETA
ADVOGADO	:	MATHEUS BARRETA - SP263164
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	GISLAINE FERNANDA PEDROZO DE OLIVEIRA (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de GISLAINE FERNANDA PEDROZO DE OLIVEIRA no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n. 0000485-40.2016.8.26.0551).

De acordo com os autos, a paciente foi condenada à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, além de 250 dias-multa, no regime semiaberto, por infração ao art. 33, *caput*, c/c o § 4º da Lei n. 11.343/2006. De acordo com a denúncia, a ré "*trazia consigo, para fins de mercancia ilícita, 29 (vinte e nove) porções da droga conhecida como MACONHA, pesando 55,68g* [cinquenta e cinco gramas e sessenta e oito centigramas]*; 02 porções de COCAÍNA, pesando 0,39g* [trinta e nove centigramas], *e oito porções de CRACK, pesando 1,77g* [um grama e setenta e sete centigramas], *substâncias entorpecentes e que determinam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar*" (e-STJ fl. 23).

Irresignados, a defesa e o Ministério Público estadual interpuseram recurso de apelação no Tribunal *a quo*, que decidiu dar "*parcial provimento aos recursos para reduzir a pena de Gislaine Fernanda Pedrozo para 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, de valor unitário mínimo, fixado o regime inicial fechado para o seu cumprimento, mantida no mais, a r. sentença por seus próprios fundamentos*" (e-STJ fl. 386).

Eis a ementa do respectivo acórdão (e-STJ fl. 377):

> Tráfico de entorpecentes — Prisão em flagrante — Confissão judicial — Depoimento de policiais seguros, coerentes e sem desmentidos — Responsabilidade da acusada comprovada —

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 30FAC829-53EC-4456-B97B-4717DAA72D3C

> Condenação mantida;
>
> Tráfico de entorpecentes — Apreensão de relevante quantidade de maconha, cocaína e crack — Drogas de alto poder nocivo, com conseqüências devastadoras para a sociedade — Aumento da pena na primeira fase da dosimetria — Possibilidade — Exegese do art. 42, da Lei de Drogas;
>
> Tráfico de entorpecentes — Ré primária, confessa e sem indicação de que esteja envolvida em associação para o tráfico — Ônus da prova que competia à acusação — Aplicação do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 — Cabimento no caso concreto — Adequação da fração utilizada;
>
> Tráfico de entorpecentes — Crime que apresenta gravidade concreta, abala a ordem pública e exige tratamento rigoroso — Regime inicial fechado — Cabimento — Substituição da pena por restritiva de direitos — Impossibilidade — Recursos parcialmente providos.

No presente *writ*, a defesa alega carência de fundamentação idônea a amparar a fixação do regime inicial fechado no caso em questão, pois lastreada apenas na gravidade em abstrato do delito de tráfico de drogas. Ademais, alega ser a paciente primária e confessa, além de não ser portadora de antecedentes criminais.

Também afirma ser cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Diante disso, requer, inclusive liminarmente, a readequação do regime inicial prisional para o aberto, bem como a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direitos.

A liminar foi deferida em menor extensão (e-STJ fls. 410/413).

Parecer ministerial pela concessão da ordem, de ofício (e-STJ fl. 439).

É, em síntese, o relatório.

O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 111.840/ES, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, por ofender a garantia constitucional de individualização da pena (art. 5º, XLVI, da Constituição Federal). Afastou, dessa forma, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e dos demais delitos

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 30FAC829-53EC-4456-B97B-4717DAA72D3C

a eles equiparados.

Em tal contexto, nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e, tratando-se dos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como no caso, deverá levar em conta a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

Com efeito, dispõe o art. 33, § 2º, "c", do CP que o condenado não reincidente, cuja pena for igual ou inferior a 4 anos, poderá, desde o princípio, cumprir a reprimenda em regime aberto.

Entretanto, no caso em análise, em que pese à primariedade da paciente, e embora a pena privativa de liberdade tenha sido estabelecida em patamar inferior a 4 anos de reclusão, as instâncias ordinárias aplicaram a pena-base acima do mínimo legal por causa da qualidade, variedade e quantidade de droga.

Dessa forma, o regime aplicável para o início do cumprimento da reprimenda deve ser o semiaberto, de acordo com os arts. 33, § 3º, e 59 do Código Penal, e com a jurisprudência desta Casa.

A propósito:

> *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. REGIME SEMIABERTO. ADEQUADO. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.
>
> [...]
>
> 4. Não obstante a reprimenda final do paciente seja inferior a 4 anos, é inviável a fixação do regime inicial aberto, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, diante da quantidade, a natureza e a diversidade das substâncias entorpecentes apreendidas (art. 42 da Lei n.º 11.343/06).
>
> 5. "**Estando a pena em concreto estipulada em patamar alcançado pelo regime aberto (art. 33, § 2°, "c", do Código Penal), ainda que existente circunstância judicial desfavorável, mostra-se desproporcional o estabelecimento de regime fechado para o**

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 30FAC829-53EC-4456-B97B-4717DAA72D3C

cumprimento da pena, uma vez que o regime semiaberto já se afigura como mais gravoso que aquele previsto na lei" (AgRg no AREsp 615.877/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, QUINTA TURMA, julgado em 30/06/2015, Dje 04/08/2015).

6. **In casu, tendo sido o paciente condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, com a pena-base fixada acima do mínimo legal em razão da existência de circunstâncias judiciais valoradas negativamente** (quantidade e qualidade dos entorpecentes apreendidos)**, revela-se mais adequada a imposição do regime semiaberto para o inicial cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.**

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena imposta ao paciente na Ação Penal n.º 0001975-25.2014.8.26.0048. (HC 356.550/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/08/2016, DJe 29/08/2016, grifei.)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA QUANTIDADE E NATUREZA DE ENTORPECENTES APREENDIDOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06) APLICADA NA FRAÇÃO MÍNIMA. MESMOS FUNDAMENTOS. OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL), DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. REGIME FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL - CP E ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. VEDAÇÃO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44, INCISO III, DO CP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

Assim, em nova análise da dosimetria da pena, deve ser mantida a pena fixada na sentença, em que o aumento da pena-base (1/6) foi fundamentado na natureza e na quantidade dos entorpecentes apreendidos e mostra-se razoável, pois está em consonância com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/06, que prevê a preponderância de tais circunstâncias em relação às demais previstas no art. 59 do Código Penal - CP, aplicando na terceira fase a minorante no máximo permitido (2/3), restando a pena fixada em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 180 (cento e oitenta) dias-multa.

3. A quantidade e/ou natureza da droga apreendida é fundamentação idônea para justificar a fixação do regime prisional mais gravoso, bem como vedar a substituição da pena por restritiva de direitos.

Na hipótese, embora a primariedade do paciente e o quantum de pena (art. 33, § 2º, "c", do CP) permitem, em tese, a fixação do

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 30FAC829-53EC-4456-B97B-4717DAA72D3C

> regime aberto, a quantidade de droga apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/06) foi utilizada para majorar a pena-base acima do mínimo legal. **Dessa forma, a existência de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP) justifica a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso o semiaberto**, bem como veda a substituição da pena por restritivas de direitos, de acordo com o disposto nos arts. 33, §§ 2º e 3º e 44, inciso III, ambos do Código Penal.
>
> *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para ratificar a pena imposta pelo Juízo de primeiro grau, redimensionando-a para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, além do pagamento de 180 (cento e oitenta) dias-multa, fixando-se o regime inicial semiaberto para cumprimento de pena.* (HC 371.704/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 30/11/2016, grifei.)

> PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO QUALIFICADO TENTADO**.** REGIME PRISIONAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. SÚMULAS 718 E 719 DO STF. APLICAÇÃO.
>
> [...]
>
> 2. As Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e a Súmula 440 deste Tribunal refutam a imposição de regime mais gravoso quando lastreado apenas na gravidade abstrata do delito ou em motivação inidônea.
>
> 3. Caso em que o acórdão considerou a gravidade genérica do delito (CP, art. 157, § 2º, II) para manter o regime inicial fechado para o cumprimento da sanção, em manifesto confronto com aquela orientação sumular.
>
> 4. Considerando a quantidade de pena que foi imposta (2 anos, 2 meses e 20 dias), bem como a ausência de agravantes ou atenuantes, embora desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o paciente iniciar a expiação da pena no regime semiaberto.
>
> *5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, confirmando a liminar deferida, fixar o regime inicial semiaberto.* (HC 195.440/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 15/10/2015, DJe 04/11/2015, grifei.)

No tocante à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, esta Corte Superior entende que *"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, não reincidente e cuja culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 30FAC829-53EC-4456-B97B-4717DAA72D3C

condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente" (HC n. 353.206/RS, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 9/8/2016, DJe de 24/8/2016).

No caso dos autos, não é possível a referida permuta em razão de circunstância judicial desfavorável, dada a quantidade, variedade e natureza das drogas apreendidas, o que demonstra que a paciente não preencheu o requisito legal exigido para a obtenção da benesse, justificando, portanto, que a conversão da pena reclusiva por medidas alternativas não se mostra suficiente para a prevenção e a repressão do delito em análise, tampouco socialmente recomendável.

No mesmo sentido, confiram-se os seguintes julgados:

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. CRIME DE ESTELIONATO. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. CONSIDERAÇÃO DEVIDA. EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO DEFINITIVA NÃO GERADORA DE REINCIDÊNCIA. CONCEITO MAIS AMPLO. PERSONALIDADE. VALORAÇÃO NEGATIVA EM FACE DE AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444/STJ. REGIME FECHADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTO IDÔNEO PARA O REGIME MAIS GRAVOSO - O SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REQUISITOS LEGAIS NÃO ATENDIDOS. HC NÃO CONHECIDO.
>
> ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
>
> [...]
>
> **6. Fixada a pena-base acima do mínimo legal, descabida a concessão da substituição das penas, nos termos do art. 44, III, do CP.**
>
> *7. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem de ofício para reduzir as penas do paciente a 1 ano e 2 meses de reclusão e 12 dias-multa, fixando o regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva.* (HC 356.084/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 24/11/2016, grifei)

> PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. FUNDAMENTO COM BASE NA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA (128 PINOS DE COCAÍNA). FIXAÇÃO DO

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 30FAC829-53EC-4456-B97B-4717DAA72D3C

REGIME FECHADO. CONDENAÇÃO NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO. FUNDAMENTO CONCRETO PARA A FIXAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO - O SEMIABERTO - E NÃO O FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. **Nos termos do entendimento firmado pelo STJ, a natureza, a variedade e a quantidade da substância entorpecente constituem fundamento idôneo para justificar a imposição do regime mais severo e para o indeferimento da substituição das penas. Precedentes.**

3. Todavia, embora válido o fundamento para o recrudescimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado, ao réu primário, condenado à pena reclusiva não superior a 4 anos - 2 anos e 6 meses - cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal. Precedentes.

(...)

5. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva. (HC 367.301/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 17/10/2016, grifei.)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA HEDIONDEZ DO CRIME. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

- Considerando que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em razão da quantidade, diversidade e natureza das drogas apreendidas, para uma pena definitiva inferior a 4 anos de reclusão, deve ser fixado o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

- **Embora o *quantum* de pena fixado seja inferior a 4 anos, a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por**

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 30FAC829-53EC-4456-B97B-4717DAA72D3C

> **penas restritivas de direitos. Precedentes.**
>
> - *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto.* (HC 299.114/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 14/10/2016, grifei.)

À vista de tais pressupostos, **concedo, parcialmente, a ordem, para impor à paciente o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena.**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 05 de dezembro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 30FAC829-53EC-4456-B97B-4717DAA72D3C