



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 343.112 - SP (2015/0302520-7)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : FERNANDO COSTA JUNIOR
ADVOGADO : FERNANDO COSTA JUNIOR
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GENIR FAUSTINO JUNIOR (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTE. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. CONDENAÇÃO. RECORRER EM LIBERDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PENA BASE NO MÍNIMO LEGAL. REDUTORA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06 APLICADA NO PATAMAR DE 1/2. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ENUNCIADOS N. 440 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ E N. 718 E 719 DA SÚMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

– O Tribunal *a quo* não conheceu de eventual ilegalidade na decisão que negou o direito de recorrer em liberdade por entender que a sentença condenatória referendou a decisão, a qual homologou o flagrante e decretou a prisão preventiva que, todavia, não foi juntada aos autos. Assim, não é da competência do Superior Tribunal de Justiça analisar os motivos que determinaram a custódia cautelar mantida na condenação, sob pena de incidir em indevida supressão de instância.

– Não é idônea a fundamentação da fixação do regime com base no fato do crime de tráfico ser equiparado a hediondo, porquanto já declarada, pelo Supremo Tribunal Federal, a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 2º, da Lei n. 8.072/90, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007.

– Ademais, nos termos do Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, *"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"*. No mesmo sentido são os Enunciados n. 718 e 719 da Súmula do STF.

– Circunstâncias judiciais favoráveis, com fixação da pena-base no mínimo legal (art. 59 do Código Penal), o *quantum* de pena aplicado (2 anos e 6 meses) e a primariedade, que pesam em favor do paciente, contrapondo-se à grande quantidade de entorpecentes apreendidos por ocasião do flagrante - 28 pés de maconha - que justificaram a redução da pena em patamar intermediário (apenas metade, e não em dois terços), mostra-se cabível a fixação do regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Habeas corpus não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para que fixar o regime inicial semiaberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de fevereiro de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO ERICSON MARANHO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 343.112 - SP (2015/0302520-7)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

IMPETRANTE : FERNANDO COSTA JUNIOR

ADVOGADO : FERNANDO COSTA JUNIOR

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : GENIR FAUSTINO JUNIOR (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de GENIR FAUSTINO JUNIOR contra acórdão da Décima Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento do HC n. 2212574-18.2015.8.26.0000.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 33, *caput*, § 1º, inciso II, da Lei n. 11.343/2006, negado o direito de recorrer em liberdade.

Irresignada, a defesa impetrou *mandamus* originário, cuja ordem foi denegada pelo Tribunal *a quo* em acórdão assim ementado:

Habeas Corpus. Tráfico de entorpecentes. Negativa ao direito de recorrer em liberdade. Decisão que confirma a determinação de prisão preventiva anteriormente proferida, não apresentada pelo impetrante. Negativa à apelação em liberdade bem fundamentada. Necessidade de garantir a aplicação da lei penal. Vedação expressa do art. 44 de Lei de Drogas quanto à concessão de liberdade provisória aos acusados por tráfico de drogas que continua válida e eficaz, apesar de entendimento jurisprudencial em contrário, sem caráter vinculante. Constrangimento ilegal inexistente. Ordem denegada (fls. 391).

No presente *writ*, o impetrante sustenta que a manutenção da segregação cautelar carece de fundamentação idônea, porquanto lastreada apenas na gravidade em abstrato do delito, não tendo sido apresentado elementos concretos que demonstre a presença dos requisitos autorizadores da prisão preventiva (art. 312 do CPP).

Invoca o princípio da presunção de inocência. Sustenta a suficiência da aplicação de medidas cautelares alternativas e argumenta que, mantida a condenação,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o regime inicial para o cumprimento da reprimenda será diverso do fechado, podendo haver a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Desse modo, pondera que a manutenção da prisão cautelar seria desproporcionalmente severa, especialmente se considerado que já cumpriu metade da pena imposta na sentença.

Aduz que as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal.

Pugna, assim, em liminar e no mérito, pela expedição de alvará de soltura, se for o caso com aplicação de medidas cautelares.

A liminar foi indeferida às fls. 401/403.

Informações às fls. 406/445 e 449/454.

O Ministério Público Federal se manifestou às fls. 457/462 pelo não conhecimento da impetração e pela concessão da ordem de ofício.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 343.112 - SP (2015/0302520-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP):

Conforme relatado, busca-se na presente impetração a revogação da custódia cautelar do paciente mantida quando da prolação da sentença condenatória.

A decisão que homologou o flagrante e decretou a preventiva dispôs:

Flagrante formalmente em ordem.

Acusado preso em flagrante delito pela prática, crime tipificado no artigo 33, §1º, incs. I e II, da Lei 11.343/2006.

Encontram-se presentes os requisitos necessário para a convalidação da prisão em flagrante em preventiva.

Segundo elementos de prova constantes do presente feito, policiais, após receberem denúncia, anônima de que haveria uma plantação de maconha, se dirigiram ao local indicado, e após a observação, adentraram no imóvel onde localizaram o ora indiciado, bem como, 28 plantas de maconha em diversos estágios de desenvolvimento, sementes da mesma planta, fertilizantes e uma porção da referida droga. Foi apreendida também, uma balança de precisão. O autuado, em seu Interrogatório policial, alegou que é usuário de maconha e o cultivo se destinava ao seu consumo.

Contudo, pelos depoimentos prestados pelos policiais, a grande quantidade de plantas localizadas, há indícios suficientes da prática de tráfico de drogas.

O crime em tese praticado pelos acusados é gravíssimo. O crime de tráfico é equiparado aos hediondos. A prisão cautelar encontra respaldo na interpretação da Constituição Federal que veda a benesse aos delitos tidos inafiançáveis. Por outro lado, a eventual primariedade, a ausência de antecedentes e ocupação lícita não representam garantia automática de liberdade provisória (Nesse sentido STJ HG 184.663/MG; HC 152.345/SP, dentre inúmeros outros).

Necessidade e adequação da medida se encontram presentes. Isso porque, o crime de tráfico de entorpecentes, como sabido, é daqueles que vem assombrando a comunidade ordeira, destruindo famílias e fomentando a prática de inúmeros outros, principalmente aqueles contra o patrimônio, perpetrados pelos usuários, na ânsia de adquirirem mais droga.

Por fim, as demais medidas cautelares inscritas nas recentes modificações do Código de Processo Penal não se mostram hábeis e suficientes a promover o restabelecimento da paz social, sendo a prisão cautelar a que mais se adequa ao caso concreto, levando-se em conta o que acima delineado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Existentes indícios suficientes de autoria e prova da materialidade delitiva de forma a, também, autorizar convolação da prisão em flagrante.

Dessa forma, presentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal e em obediência ao disposto no artigo 310, II da mesma Lei, INDEFIRO o pedido de liberdade provisória e CONVERTO a prisão em flagrante dos indiciados GENIR FAUSTINO JUNIOR em prisão preventiva.

Expeçam-se mandados de prisão preventiva em seu desfavor (fl. 50).

A sentença condenatória fixou o regime inicial fechado e negou a possibilidade de recorrer em liberdade mediante a seguinte fundamentação:

(...) Comprovadas, portanto, a autoria e a materialidade do crime de tráfico de entorpecentes narrado pelo Ministério Público na denúncia, de rigor a procedência da pretensão punitiva estatal em face do réu.

Passo, pois, à dosimetria da pena.

1ª fase: Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, observo que o réu é primário (apenso de F.A.). Assim, fixo a pena-base no mínimo legal de 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

2ª fase: Não há circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem consideradas.

3ª fase: Não há causas especiais de aumento de pena incidindo no caso. Presente a causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, pois o réu é primário, não ostenta maus antecedentes e não há provas de que se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa.

Entretanto, tendo em vista a quantidade da droga apreendida em poder do acusado (fls. 81/83), reduzo a pena em 1/2, fixando-a definitivamente em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa.

Ante a inexistência de elementos a comprovar a situação financeira do réu, fixo o valor de cada dia multa no mínimo legal.

Atenta ao disposto no artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 12.736/12, verifico que o acusado se encontra preso desde 01.08.2014 (auto de prisão em flagrante de fls. 02/04).

Desse modo, não tendo sido sequer cumprido o lapso temporal exigido como requisito objetivo para cogitação de regime inicial mais brando e, ainda, por força do art. 2º, §1º da Lei 8.072/90, com nova redação dada pela Lei 11.464/2007, fixo, para o cumprimento da pena privativa de liberdade, o regime inicial fechado.

Deixo de aplicar a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, por considerar a conduta criminosa do réu incompatível com os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A substituição não revelaria forma de reprovação eficiente da referida conduta, tampouco serviria para prevenção do crime.

Incabível também a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

Decido.

Ante o exposto, julgo PROCEDENTE a ação penal para CONDENAR o réu GENIR FAUSTINO JUNIOR, vulgo "Juninho", qualificado às fls. 24, como incurso no artigo 33, caput, § 1º, inciso II, da Lei nº 11.343/06 e, via de consequência, aplico-lhe as penas de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Considerando que o réu permaneceu preso cautelarmente durante toda instrução do processo e, principalmente, com o advento de um novo título prisional, agora baseado em cognição exauriente e, ainda, para assegurar a futura aplicação da Lei Penal, não lhe faculto a oportunidade de recorrer em liberdade. Ressalto que se trata de crime assemelhado a hediondo, gravíssimo, considerado mola propulsora de outros crimes. Aconselha, portanto, a segregação daqueles que o patrocinam.

O Tribunal de origem, por sua vez, manteve a decisão de primeiro grau, nos seguintes termos:

Segundo as informações, o paciente foi processado e condenado à pena de dois anos e seis meses de reclusão em regime inicial fechado e pagamento de duzentos e cinquenta dias-multa, por infração ao art. 33, caput, §1º, inc. II, da Lei nº 11.343/06.

Ao negar o direito de recorrer da r. sentença em liberdade, a autoridade apontada como coatora referendou os termos da prisão preventiva anteriormente decretada, acrescidos da existência de novo título prisional (fls. 328).

Ocorre que, apesar da juntada de, ao que consta, cópia integral do processo, não foi apresentada a referida decisão pelo impetrante (certamente constante do apenso de liberdade provisória), o que era seu ônus. Assim, sequer seria possível analisar a existência de eventual ilegalidade naquela decisão.

De qualquer, maneira, o tópico da r. sentença que manteve a segregação cautelar do réu está suficientemente fundamentada, observando a necessidade da custódia para garantia da aplicação da lei penal, reforçando os fundamentos que constaram daquela decisão com a existência de um título prisional baseado em cognição exauriente, decorrente da prática de crime equiparado a hediondo.

Assim, não há falar em ilegalidade.

Anote-se que a liberdade provisória está expressamente vedada no artigo 44 da Lei nº 11.343, de 2006, apesar das divergências jurisprudenciais sobre o tema; o reconhecimento da inconstitucionalidade do referido dispositivo de lei pelo Supremo Tribunal Federal, em controle



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incidental, não tem força vinculante.

E ainda que se adotasse tal posicionamento jurisprudencial, convém salientar que a concessão de liberdade provisória exige do julgador maior cautela.

Ademais, tampouco haveria falar em aplicação de medidas cautelares alternativas, seja porque insuficientes e inadequadas para essa finalidade, seja por se tratar de réu condenado em primeira instância por crime equiparado a hediondo.

Eventuais condições pessoais favoráveis do paciente, a exemplo da primariedade, são requisitos da liberdade provisória, mas não suficientes para a concessão do postulado benefício.

Não há constrangimento ilegal a ser sanado.

Ante o exposto, meu voto denega a ordem (fls.390/393).

Inicialmente, cumpre ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, em 10.5.2012, no julgamento do HC n. 104.3339/SP declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 44 da Lei n. 11.343/06, no que se refere à vedação à liberdade provisória aos acusados por tráfico de drogas. Entretanto, tal fundamento utilizado pelo Tribunal de origem no julgamento do *writ* originário, como se percebe da leitura do acórdão, não foi determinante para a denegação da ordem.

O Tribunal *a quo* não conheceu de eventual ilegalidade na decisão que negou o direito de recorrer em liberdade por entender que a sentença condenatória referendou a decisão, a qual homologou o flagrante e decretou a prisão preventiva que, todavia, não foi juntada aos autos. Assim, não é da competência do Superior Tribunal de Justiça analisar os motivos que determinaram a custódia cautelar mantida na condenação, sob pena de incidir em indevida supressão de instância.

Desse modo, não verifico nenhuma ilegalidade na denegação ao direito de recorrer em liberdade.

Contudo, compulsando os autos, verifica-se que patente ilegalidade na aplicação do regime inicial fechado, uma vez que fixada a pena-base no mínimo legal, pois favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, e aplicada e aplicada a redutora de 1/2 da pena, correspondente a incidência do art. 33, § 4º, da lei n. 11.343/06. Tais circunstâncias são suficientes para superação da supressão de instância e concessão da ordem de ofício.

Implica consignar que não é idônea a fundamentação da fixação do regime com base no fato do crime de tráfico ser equiparado a hediondo, porquanto já



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

declarada, pelo Supremo Tribunal Federal, a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 2º, da Lei n. 8.072/90, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, que vedava essa possibilidade.

Nesse sentido, destaco alguns precedentes desta Corte:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. CUMPRIMENTO DA PENA. REGIME INICIAL MAIS RIGOROSO. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. GRAVIDADE ABSTRATA. § 1º DO ART. 2º DA LEI N. 8.072/90. VEDAÇÃO. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. INDIVIDUALIZAÇÃO DO REGIME.

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. **Em se tratando de réu primário e fixada a pena-base no mínimo legal, é vedada a fixação de regime inicial de cumprimento da pena mais rigoroso do que o pertinente à pena aplicada, a tanto não servindo o inconstitucional § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90 ou a gravidade abstrata do delito.**

3. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem de ofício, para fixar o regime aberto para o cumprimento de pena, determinando a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem especificadas pelo juízo de execuções (HC 200.501/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/3/2015, DJe 6/4/2015).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. REGIME INICIAL FECHADO. ILEGALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE NO CASO CONCRETO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. **O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 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.**

3. Considerando que a pena-base foi fixada no mínimo legal, é vedado, com base apenas na gravidade abstrata do delito, o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

razão da sanção imposta. Incidência da Súmula 440 do STJ.

4. A despeito de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis e de a pena reclusiva ser inferior a 4 (quatro) anos, a quantidade de droga apreendida em poder do paciente - 86g de maconha e 1,18g de crack - deve ser utilizada para o fim de fixar o regime prisional, por reclamar maior intensidade na retribuição penal ao delito cometido. Precedentes.

5. A Suprema Corte, no HC n. 97.256/RS, passou a admitir a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos no crime de tráfico de drogas, nos termos do art. 44 do Código Penal.

6. Hipótese em que não se mostra socialmente recomendável a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, considerando a quantidade e a natureza da droga apreendida.

7. Writ não conhecido. Ordem parcialmente concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto para o cumprimento da pena (HC 308.199/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 28/4/2015, DJe 12/5/2015).

HABEAS CORPUS. ART. 213, CAPUT, § 1.º, DO CÓDIGO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) NATUREZA HEDIONDA DO DELITO. FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. § 1.º DO ARTIGO 2.º DA LEI 8.072/90 DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF NO HC 111.840/ES. (3) AFERIÇÃO IN CONCRETO ACERCA DA EVENTUAL MODIFICAÇÃO DO REGIME INICIAL DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. (4) NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de revisão criminal, inviável o seu conhecimento.

2. **É pacífica a compreensão neste Sodalício de que o estupro constitui crime hediondo. Todavia, a obrigatoriedade do regime inicial fechado prevista na Lei de Crimes Hediondos foi superada pela Suprema Corte, de modo que a mera natureza do crime não configura fundamentação idônea a justificar a fixação do regime mais gravoso.**

3. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso sub judice, no tocante ao regime inicial de cumprimento da pena, uma vez que o magistrado não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado (art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.078/90), o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a eventual possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena (HC 313.879/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/04/2015, DJe 13/04/2015).

Ademais, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Entende-se que é contraditório o estabelecimento de pena-base no mínimo, na primeira fase da dosimetria da pena, e de regime mais severo, com base em circunstâncias não consideradas inicialmente.

Nesse sentido, foi elaborado o Enunciado n. 440 da Súmula deste Tribunal, segundo o qual *"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"*. Na mesma esteira são os Enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam:

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.

Nesse contexto, tendo em vista as circunstâncias judiciais favoráveis, com fixação da pena-base no mínimo legal (art. 59 do Código Penal), o *quantum* de pena aplicado (2 anos e 6 meses) e a primariedade, que pesam em favor do paciente, contrapondo-se à grande quantidade de entorpecentes apreendidos por ocasião do flagrante - 28 pés de maconha - que justificaram a redução da pena em patamar intermediário (apenas metade, e não em dois terços), mostra-se cabível a fixação do regime semiaberto para o início do cumprimento da pena.

Pelo exposto, não conheço do *habeas corpus*. Contudo, concedo a ordem, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0302520-7

HC 343.112 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00035848420148260584 13542014 20150000827488 22125741820158260000
35848420148260584 66907220158260502

EM MESA

JULGADO: 18/02/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : FERNANDO COSTA JUNIOR
ADVOGADO : FERNANDO COSTA JUNIOR
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GENIR FAUSTINO JUNIOR (PRESO)

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 do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.