



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 360.177 - SP (2016/0162371-8)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUÍS CÉSAR ROSSI FRANCISCO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BRYAN BRANCO DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO DO *WRIT*.

1. 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 e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.
2. Devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial semiaberto e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos pela Corte de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, considerando-se a quantidade e a natureza das drogas apreendidas - 17 porções de cocaína (19,2 g), 28 pedras de *crack* (8,3 g) e 01 tijolo de maconha (1.144 g) - (art. 42 da Lei n.º 11.343/06), não havendo constrangimento ilegal a ser sanado.
3. *Habeas corpus* não conhecido.

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, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 28 de junho de 2016(Data do Julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 360.177 - SP (2016/0162371-8)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUÍS CÉSAR ROSSI FRANCISCO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BRYAN BRANCO DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de BRYAN BRANCO DOS SANTOS, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Embargos infringentes nº 0003245-44.2013.8.26.0590).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de **1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão**, em **regime inicial semiaberto**, e o pagamento de 194 dias-multa, pela prática descrita no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 e, absolvido da imputação do art. 35, da referida lei, nos seguintes termos:

"Passo, então, à dosimetria da pena.

O preceito secundário do artigo 33 da lei prevê pena em abstrato entre 5 a 15 anos e pagamento de 500 a 1500 dias-multa.

Nos termos do artigo 42 da Lei 11.343/06 que dispõe que o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social, **a pena base deverá ser fixada acima do mínimo legal**. Justifica-se **pela grande quantidade e diversidade de droga cocaína e maconha**. **A pena, portanto, será fixada 1/6 acima do mínimo legal, em 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa**

Há que ser aplicada a causa de diminuição da pena prevista no art. 33, §4º, da Lei nº. 11.343/06. Não há nos autos elementos concretos para se afirmar que os réus se dedicavam a atividade criminosa ou integravam organização criminosa. Os indícios existentes não se comprovaram em juízo.

A quantidade de droga não pode servir de impedimento para a redução, haja vista que utilizada para a fixação da pena base.

A diminuição deverá ocorrer no máximo legal, diante da ausência, na lei, de critério objetivo ou mesmo subjetivo para quantificá-lo. **Resultará, assim, 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e 194 dias-multa.**

Verifica-se, portanto, fixação de pena em patamar inferior a quatro anos o que, em tese, preenchido os demais requisitos legais, ensejaria a substituição da pena por restritiva de direito.

Passo, portanto, a análise dos requisitos legais.

É certo que **os réus são primários**. Ocorre, no entanto, que foram presos com grande quantidade de drogas. Além disso, haviam três tipos de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entorpecentes que estavam já em porções prontas para a venda. Assim, falta-lhes condição subjetiva para fazer jus à substituição da pena por restritiva de direito. Como retribuição à sua culpabilidade a pena há de ser privativa de liberdade, não sendo suficiente a aplicação de pena restritiva (art. 44,111 do CP).

Fixo o regime da pena de reclusão no regime semiaberto. O regime mais gravoso se justifica em razão da grande quantidade de droga que os acusados portavam, aliada à diversidade. Não é o regime aberto suficiente para reprimir a conduta ilícita. Ocorre que, diante do tempo de prisão do acusado Kelvin, ele deverá cumprir o restante da pena no regime aberto.

Os acusados poderão apelar em liberdade. Expeça-se alvará de soltura em favor de KELVIN MAIA RAFAEL

DECIDO.

Isto posto, julgo PARCIALMENTE PROCEDENTE a denúncia e o faço para condenar KELVIN MAIA RAFAEL e BRYAN BRANCO DOS SANTOS pela prática do crime previsto no artigo 33, caput. da Lei 11.343/06, à pena de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e 194 dias-multa, absolvendo-os da prática do crime previsto no artigo 35, caput. da Lei 11.343/06, com fundamento no artigo 386, VII do Código de Processo Penal.

O regime inicial de cumprimento de pena será o semiaberto". (fls. 10/12 - grifei).

Irresignada a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem que, por maioria, negou provimento ao recurso em acórdão assim ementado:

"EMENTA: Lei de Tóxicos (nº 11.343/2006). Tráfico de entorpecentes. Crime caracterizado, integralmente. Flagrante inquestionável. Quantidade, diversidade e acondicionamento das drogas que revelam comércio. Palavras coerentes e incriminatórias de Policiais Militares. Versão exculpatória inverossímil. Impossibilidade de desclassificação para uso. Traficância evidente. Responsabilização inevitável. Necessidade condenatória imperiosa. Apenamento benevolente, de redução impossibilitada. Regime semiaberto já aplicado, em benefício ao acusado. Substituição de penas inviabilizada. Apelo improvido". (fl. 13).

Os **embargos infringentes**, opostos pela defesa, foram **acolhidos**, por maioria, para **reduzir a pena** do paciente para **1 ano e 8 meses de reclusão**, e o pagamento de 166 dias-multa, mantido os demais termos do édito condenatório.

Eis a ementa do acórdão impugnado:

"APELAÇÃO - Acórdão vencedor que deixou de reconhecer a menoridade relativa do embargante, ante a inexistência de documento hábil Identificação na polícia civil que é suficiente para atestar a idade do embargante, tanto que foi Suficiente para o reconhecimento de sua imputabilidade - Embargos acolhidos". (fl. 38).

No presente *mandamus*, a impetrante sustenta a existência de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constrangimento ilegal consubstanciado no estabelecimento do regime mais gravoso, com base apenas na gravidade em abstrato do delito, circunstância que viola o teor das Súmulas 719 e 719 do Supremo Tribunal Federal e 440 do STJ.

Alega que a quantidade e variedade de droga constitui fundamento idôneo para aumentar a pena base, mas não para fixação de regime prisional mais gravoso.

Aduz que o paciente é primário e que as circunstâncias judiciais, previstas no artigo 59 do Código Penal, foram favoráveis. Além disso, afirma que o *quantum* da pena autoriza o regime aberto, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritiva de direitos.

Requeru, liminarmente, a suspensão dos efeitos da decisão do Tribunal de origem, permitindo que o paciente aguardasse em liberdade o julgamento deste *writ*.

No mérito, requer a fixação do regime aberto e a substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida às fls. 48/51.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Humberto de Paiva Araújo, manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* (fls. 61/64).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 360.177 - SP (2016/0162371-8)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT.

1. 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 e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.
2. Devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial semiaberto e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos pela Corte de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, considerando-se a quantidade e a natureza das drogas apreendidas - 17 porções de cocaína (19,2 g), 28 pedras de *crack* (8,3 g) e 01 tijolo de maconha (1.144 g) - (art. 42 da Lei n.º 11.343/06), não havendo constrangimento ilegal a ser sanado.
3. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relator):

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.

Cumprе salientar que, tanto 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 - quanto a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos - prevista no art. 44, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 - foram superadas pelo Pretório Excelso 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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:

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.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 1º de setembro de 2010, se pronunciou sobre a matéria, no HC n.º 97.256, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, prevalecendo, por 6 votos a 4, o entendimento aqui expendido, no sentido de ser inconstitucional o dispositivo da Lei n.º 11.343/2006 que veda a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Convém sublinhar que o Senado Federal, no exercício da atribuição que lhe foi conferida pelo art. 52, inciso X, da Magna Carta, editou, em 15.2.2012, a Resolução n.º 05/2012, suspendendo a execução de excerto da Lei n.º 11.343/06 referente à expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" - contida no § 4º, do art. 33, declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos supra mencionado HC n.º 97.256. Confira-se:

O Senado Federal resolve:

Art. 1º É suspensa a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus n.º 97.256/RS.

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 n.º 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 n.º 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 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, restaram superadas pela Suprema Corte e por este Tribunal Superior a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes.

Na espécie, reviva-se o que disse o juiz, na sentença:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Fixo o regime da pena de reclusão no regime semiaberto. O regime mais gravoso se justifica em razão da grande quantidade de droga que os acusados portavam, aliada à diversidade. Não é o regime aberto suficiente para reprimir a conduta ilícita. Ocorre que, diante do tempo de prisão do acusado Kelvin, ele deverá cumprir o restante da pena no regime aberto.

A Corte de origem manteve o regime inicial semiaberto e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, salientando inclusive que o regime semiaberto fora fixado em benefício do acusado.

Ou seja, o regime mais gravoso foi fixado em razão das circunstâncias do caso concreto, destacando-se, em especial, a quantidade e a natureza das drogas apreendidas - 17 porções de cocaína (19,2 g), 28 pedras de *crack* (8,3 g) e 01 tijolo de maconha (1.144 g) - (art. 42 da Lei n.º 11.343/06).

Com efeito, é imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/06, no sentido de 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".

Dessarte, devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial semiaberto, bem como a negativa de substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos, com base em dados concretos constantes dos autos, não há ilegalidade a ser sanada. Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO. DESCABIMENTO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO E VEDAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. CONSIDERAÇÃO. POSSIBILIDADE.

(...)

4. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º 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.

5. A quantidade e a natureza da droga apreendida podem, ao lado dos demais elementos constantes do processo, interferir na fixação do regime prisional, bem como na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Precedentes.

6. *In casu*, a Corte estadual justificou o regime mais gravoso para o início de expiação da reprimenda e vedou a substituição pretendida em razão da natureza e da quantidade da substância apreendida (20 gramas de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crack) - o que evidencia a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente, *ex vi* do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 -, bem como do fato de a traficância ter sido desenvolvida em "boca de fumo" localizada na residência do réu, de modo que a medida seria insuficiente para a necessária resposta penal ao delito praticado.

7. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 322.782/MS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 03/09/2015, DJe 21/09/2015)

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990. FUNDAMENTO INVÁLIDO. DISPOSITIVO DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. INSUFICIÊNCIA DA BENESSE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, é manifestamente ilegal a imposição do regime prisional mais severo com base, exclusivamente, no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/6/2012).

3. **Estabelecida a pena definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão e sendo desfavorável uma das circunstâncias do art. 59 do CP, que justificou o aumento da pena-base (quantidade e natureza das drogas - 106 porções de cocaína e 42 porções de crack), o regime semiaberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "b", § 3º, do Código Penal.**

4. **Valorada negativamente as circunstâncias do delito, em razão da quantidade e da natureza droga apreendida com a paciente, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos é incabível pelo não atendimento de um dos requisitos legais (art. 44, III, do CP).**

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena reclusiva.

(HC 354.651/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 16/06/2016)

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO EM PATAMAR AQUÉM DO MÁXIMO. FIXAÇÃO EM RAZÃO DA QUANTIDADE DA DROGA (86 GRAMAS DE MACONHA). POSSIBILIDADE. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. PREVISÕES LEGAIS DECLARADAS INCONSTITUCIONAIS PELO STF. FUNDAMENTO TAMBÉM COM BASE NA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. FIXAÇÃO DO 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 fixação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em patamar inferior ao máximo legal, nos termos do art. 42 da mesma Lei. Precedentes.

3. Desde o julgamento do HC 111.840/ES (Rel. Min. DIAS TOFFOLI) foi declarada inconstitucional, *incidenter tantum*, pelo Plenário do STF a previsão legal (art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/90, na redação da Lei n. 11.464/2007) que determinava a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, devendo as regras do art. 33 do CP ser utilizadas também na fixação do regime prisional inicial dos crimes hediondos e equiparados, não subsistindo, outrossim, a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, prevista na parte final do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, tendo sido declarado inconstitucional o dispositivo, pelo Pleno do STF, quando do julgamento do HC n. 97.259 (Rel. Min. CARLOS AYRES BRITTO - DJe 16/2/2010), na parte relativa à proibição da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Com a edição da Resolução 05/2012, em 15/2/2012, do Senado Federal, foi suspensa a execução da vedação legal.

4. A quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida também constituem fundamento idôneo a justificar tanto a imposição do regime mais severo, quanto o indeferimento da substituição das penas. Precedentes.

5. 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 - 3 anos e 4 meses - cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal. Precedentes.

6. *Habeas corpus* não conhecido, mas concedida a ordem de ofício para estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva.

(HC 339.560/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 06/06/2016)

Assim, tem-se que a irresignação não merecer prosperar.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0162371-8

HC 360.177 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00032454420138260590 20160000203567 32454420138260590

EM MESA

JULGADO: 28/06/2016

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. ROBERTO LUIS OPPERMAN THOMÉ

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: LUÍS CÉSAR ROSSI FRANCISCO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: BRYAN BRANCO DOS SANTOS (PRESO)
CORRÉU	: KELVIN MAIA RAFAEL
CORRÉU	: KEVIN MAIA RAFAEL

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, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.