



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 294.904 - SP (2014/0116869-2)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNA GONÇALVES LOUREIRO DE ANDRADE BARROS - RJ142665
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROGER FRANCELINO DOS SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA NATUREZA E QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. CRITÉRIOS IDÔNEOS PARA A EXASPERAÇÃO. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. REINCIDÊNCIA, EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS E CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS IDÔNEAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. REGIME PRISIONAL FECHADO. PACIENTE REINCIDENTE, CONDENADO A PENA SUPERIOR A 4 ANOS. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUPERIOR A 4 ANOS. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. A quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas no tráfico ilícito de entorpecentes.

3. No caso, a fixação da pena-base acima do mínimo legal teve por fundamento a expressiva quantidade e natureza especialmente deletéria dos entorpecentes apreendidos.

4. A incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, pressupõe que o agente preencha os seguintes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

requisitos: *a)* seja primário; *b)* de bons antecedentes; *c)* não se dedique às atividades criminosas; e *d)* nem integre organização criminosa.

5. Na espécie, a Corte de origem refutou a incidência do redutor com base na reincidência do paciente, além da convicção no sentido de que havia dedicação a atividades criminosas, a partir das circunstâncias fáticas do delito e da expressiva quantidade dos entorpecentes apreendidos.

6. O paciente não faz jus ao regime intermediário, pois trata-se de réu reincidente, condenado a pena privativa de liberdade superior a 4 e não excedente a 8 anos de reclusão.

7. Mantida a condenação em patamar superior a 4 anos, é inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

8. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 22 de novembro de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 294.904 - SP (2014/0116869-2)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNA GONÇALVES LOUREIRO DE ANDRADE BARROS - RJ142665
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROGER FRANCELINO DOS SANTOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ROGER FRANCELINO DOS SANTOS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0017476-47.2013.8.26.0050).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 8 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ fls. 15/24).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi improvido (e-STJ fls. 40/46), em acórdão assim ementado:

APELAÇÃO - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS - DOSIMETRIA ADEQUADA - RECURSO IMPROVIDO.

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 1/12), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois manteve sentença que: *a)* exasperou a pena-base a partir da quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos, sendo difícil avaliar qual quantidade seria suficiente para justificar o incremento e que a inexistência de parâmetros legais específicos faz com que a aplicação de pena seja feita de maneira arbitrária; *b)* deixou de aplicar o redutor do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 com base na reincidência, mas a condenação utilizada para tal fim estaria alcançada pelo período depurador de cinco anos; e *c)* manteve o regime inicial fechado, embora a pena não seja superior a 4 anos, sendo que a hediondez do delito não obsta o estabelecimento de regime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mais brando. Em consequência da redução da pena, defende ser cabível o regime prisional aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ao final, formula pedido liminar para que o paciente possa aguardar o julgamento deste *writ* em regime aberto ou semiaberto e, no mérito, pede a concessão da ordem para que a pena-base seja reduzida ao mínimo legal, com aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 em seu patamar máximo, além da alteração do regime prisional para aberto ou semiaberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 69/70).

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls. 77/80, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 294.904 - SP (2014/0116869-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

[...] Habeas corpus não conhecido.

(HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...].

(STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, em princípio, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se, em síntese, o reconhecimento de constrangimento ilegal em virtude da exasperação da pena-base, da não aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, da fixação do regime inicial fechado e da negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto à apontada ilegalidade na exasperação da pena-base, prescreve o art. 42 da Lei 11.343/2006 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".

Dessa forma, a quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas no tráfico ilícito de entorpecentes.

No caso, o Juízo de primeiro grau exasperou a pena-base em 2 anos com base nos seguintes fundamentos (e-STJ fl. 23):

O acusado registra anotações antigas e condenação, cuja pena pecuniária foi extinta em dezembro de 2009 (fls. 12 e 14 do apenso de FA). Por outro lado, expressiva a quantidade de substância entorpecente, revelando não se tratar de um crime de tráfico ilícito de entorpecentes corriqueiro. Portanto, com fundamento no artigo 42 da Lei n. 11.343/06, a pena deve ser fixada acima do mínimo legal, ou seja, 7 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa.

A Corte local, ao apreciar o tema, consignou (e-STJ fl. 45):

As penas-base foram adequadamente majoradas em 2/5 (dois quintos), dada a natureza e quantidade do entorpecente apreendido, circunstância que, a teor do art. 42 da Lei 11.343/06, deve ser considerada como preponderante e confere contornos de gravidade diferenciada ao caso em tela.

Assim, não comporta reparo a exasperação da pena-base em 2/5 com base na expressiva quantidade e natureza especialmente deletéria da droga apreendida (3,419 kg de cocaína).

Quanto à minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, a sua incidência pressupõe que o agente preencha os seguintes requisitos: a) seja primário; b) de bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) nem integre organização criminosa.

No caso, segue a fundamentação constante da sentença para não aplicar o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

redutor (e-STJ fls. 23/24):

O réu é reincidente, pois entre o cumprimento das penas impostas no processo anterior até a prática de crime não decorreu lapso temporal de cinco anos. [...] O acusado é reincidente, não fazendo jus à redução descrita no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/06. Além disso, não seria a hipótese de se fazer incidir o dispositivo do parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei n. 11.343/06, posto que há indicação de que o acusado participa de atividades criminosas. Primeiramente, pela quantidade de droga apreendida; segundo, porque se revelou uma organização ainda que rudimentar com divisão de tarefas para o tráfico ilícito de entorpecente (o réu era a pessoa que transportava o tóxico para possivelmente abastecer as biqueiras de Penápolis).

O Tribunal *a quo* manteve o entendimento manifestado pelo Juízo sentenciante, nos termos seguintes (e-STJ fl. 45):

O acusado, reincidente, não faz jus à redução de penas previstas no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06.

Portanto, extrai-se que a negativa de aplicação do redutor baseou-se na reincidência do paciente, além de sua dedicação a atividades criminosas, convicção esta extraída da expressiva quantidade de drogas e circunstâncias fáticas do delito, sendo cada uma dessas motivações individualmente suficientes para obstar a incidência do benefício.

Ressalta-se, quanto à reincidência, que entre a data do cumprimento da última condenação (11/12/2009) e a prática do delito em exame (24/2/2013) não transcorreu prazo superior a 5 anos, tal como consignado pelo Juízo de primeiro grau.

Em relação à dedicação do paciente a atividades criminosas, ressaí das transcrições supra que as instâncias ordinárias formaram a sua convicção a partir dos elementos fáticos constantes dos autos, concluindo que o ora paciente se dedicava à prática criminosa. Rever esse entendimento demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável em sede de *habeas corpus*. Em hipóteses análogas, decidiu esta Corte:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS E CORRUPÇÃO DE MENORES. ABSOLVIÇÃO E MINORANTE PREVISTA NO ART. 33,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

§ 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE NO WRIT. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO E SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DESCABIMENTO.

[...]

3. A benesse do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 tem como finalidade punir com menor rigor o traficante não habitual, isto é, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida, de modo que, para fazer jus àquele benefício, o agente deve preencher os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa.

4. Rever a conclusão do sentenciante - de que o paciente integrava organização criminosa (Comando Vermelho) e exercia o tráfico de drogas de modo profissional e habitual - demandaria incursão no acervo fático-probatório, o que é inviável na via estreita do habeas corpus.

[...]

8. Habeas corpus não conhecido.

(HC 184.136/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe 8/9/2015)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.

2. Não há constrangimento ilegal no ponto em que, fundamentadamente, não foi aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, à vista de elementos concretos que indicaram a dedicação do acusado à atividade criminosa do tráfico.

3. Para acolher a tese defensiva de que o acusado não se dedica a atividades criminosas, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência vedada na via estreita do habeas corpus.

[...]

8. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, tão somente para que o Juízo das Execuções, mediante concreta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentação, analise a possibilidade de fixação de regime inicial mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal.

(HC 314.626/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe 26/8/2015)

Além disso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que não há ilegalidade na negativa de aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 quando a quantidade e a natureza das substâncias apreendidas permitem aferir que o agente se dedica a atividade criminosa. A propósito:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. EXERCÍCIO DO COMÉRCIO ILÍCITO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVERSÃO DAS CONCLUSÕES DO ACÓRDÃO RECORRIDO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Não trazendo o agravante tese jurídica capaz de modificar o posicionamento anteriormente firmado, é de se manter a decisão agravada por seus próprios fundamentos.

2. O Tribunal de origem afirmou expressamente não estarem preenchidos os requisitos para que o recorrente se beneficiasse da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, pois a relevante quantidade de entorpecentes indica o envolvimento do acusado com o tráfico. Para rever a conclusão, necessário seria o reexame de provas, inviável em recurso especial.

3. A teor da jurisprudência desta Corte, é incabível o pedido de concessão de ordem de habeas corpus de ofício como tentativa de burlar a inadmissão do recurso especial.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 607.253/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, DJe 22/6/2015)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. REGIME INICIAL FECHADO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE. CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO CABIMENTO. ART. 44, I, DO CP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

III - No caso dos autos, as circunstâncias do crime (dentre elas, a expressiva quantidade e diversidade de drogas apreendidas - 53,11 g de maconha, 116,58 g de crack e 27,78 g de cocaína) justificam o afastamento da minorante, eis que há indicativo de que o paciente se "dedica a atividades criminosas", incorrendo, portanto, o permissivo legal previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 (precedentes).

[...]

Habeas corpus não conhecido.

(HC 309.244/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 21/5/2015)

Portanto, não há falar em ilegalidade na negativa de aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, seja em virtude da reincidência, seja pela dedicação do paciente a atividades criminosas.

Quanto ao regime prisional, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, do Código Penal. Segue a ementa do acórdão:

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 nº 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 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 (STF, HC n. 111.840, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe em 17/12/2013).

Esse entendimento também é adotado por ambas as Turmas da Terceira Seção desta Corte, conforme se verifica dos seguintes julgados, dentre outros: HC 327.850/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe 29/10/2015; HC 311.618/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 24/6/2015; HC 264.068/RS, HC 274.020/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO, Sexta Turma, DJe 19/2/2015; e HC n. 299.797/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 2/12/2014.

No caso, seguem os fundamentos utilizados pela Corte local para manter o regime inicial fechado (e-STJ fl. 46):

Por derradeiro, o regime prisional ficado, o fechado, é o legal, em conformidade com o § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, e compatível com as circunstâncias do caso em tela, bem como a condição pessoal do acusado, que é reincidente.

Dessa forma, verifica-se que o regime inicial fechado não baseou-se apenas na hediondez do delito, mas na reincidência do paciente, razão pela qual, tratando-se de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenação superior a 4 anos de reclusão, o paciente não faz jus ao regime intermediário, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Por fim, mantida a condenação em patamar superior a 4 anos de reclusão, é inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ante o não preenchimento do requisito objetivo previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

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

É o voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0116869-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 294.904 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00174764720138260050 174764720138260050

EM MESA

JULGADO: 22/11/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: BRUNA GONÇALVES LOUREIRO DE ANDRADE BARROS - RJ142665
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ROGER FRANCELINO DOS SANTOS

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.