



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 303.684 - SP (2014/0227894-5)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ISABELA VELOSO MONREAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUCIANO MACHADO DA SILVA

EMENTA

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. PECULIARIDADES DO CASO. DIVERSIDADE, NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. REGIME INICIALMENTE FECHADO. ART. 2º, §1º, DA LEI N. 8.072/90. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. ANÁLISE DO ART. 33, §2º, **B** E §3º DO CP. COMPATIBILIDADE. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

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** n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; **RHC** n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e **RHC** n. 117.268/SP, Rel. Ministra **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinham-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** n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; **HC** n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; **HC** n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e **HC** n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

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.

III - A expressiva quantidade de droga apreendida, aliada a outras circunstâncias próprias do caso concreto, ora pode impedir a incidência da referida minorante - caso em que estará evidenciada a dedicação à atividade criminosa. (**Precedentes**), ora como fator que, embora não impeça a aplicação da causa de diminuição, será tomada como parâmetro para definir o quantum da redução da pena.

IV - No caso dos autos, as circunstâncias do crime (dentre elas, a expressiva quantidade e diversidade de drogas apreendidas - **140,4gr de maconha, 2,88gr de cocaína e 18,10gr de crack**) justifica o afastamento da minorante, eis que há indicativo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de que o paciente dedicar-se-ia a "atividades criminosas", incorrendo, portanto, o permissivo legal previsto no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06. **(Precedentes)**.

V - O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 - com redação dada pela Lei nº 11.464/07. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§2º e 3º do Código Penal.

VI - Revela-se adequado na hipótese, consoante o disposto no art. 33, §§2º e 3º, ambos do Código Penal, a imposição do regime inicial semiaberto ao paciente, condenado a pena inferior a 8 (oito) anos, primário, ostentando condições judiciais favoráveis.

Habeas Corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para confirmar a liminar e tão somente fixar o regime semiaberto de cumprimento de pena, **ex vi** do art. 33, §2º, **b**, e §3º, do CP.

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 e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) e Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de dezembro de 2014 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 303.684 - SP (2014/0227894-5) RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em benefício de LUCIANO MACHADO DA SILVA, contra v. acórdão do eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Depreende-se dos autos que o paciente foi sentenciado como incurso nas sanções do art. 33, **caput**, da Lei 11.343/06, à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial fechado e pagamento de 400 dias-multa.

Irresignados, a defesa e o Ministério Público interpuseram recurso de apelação, no qual o eg. Tribunal **a quo** negou provimento ao apelo defensivo e deu parcial provimento ao apelo ministerial para afastar a incidência do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, condenando o paciente à pena de 5 **(cinco) anos de reclusão**, em **regime inicial fechado**, mais o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

Eis a ementa do v. acórdão reprochado:

"TRÁFICO DE DROGAS - INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA - ABSOLVIÇÃO - INADMISSIBILIDADE - PALAVRAS DOS POLICIAIS CORROBORADAS PELA APREENSÃO DA DROGA E DEMAIS ELEMENTOS ACOSTADOS AOS AUTOS - MATERIALIDADE E AUTORIA SUFICIENTEMENTE DEMONSTRADAS EM RELAÇÃO A UM DOS CORRÉUS - CONDENAÇÃO MANTIDA - RECURSO DEFENSIVO IMPROVIDO.

TRÁFICO DE DROGAS - CONDENAÇÃO - BENESSE DO § 4º, DO ARTIGO 33, DA LEI 11.343/06 - INAPLICABILIDADE - RÉU PRIMÁRIO E SEM ANTECEDENTES- IRRELEVÂNCIA-QUANTIDADE SIGNIFICATIVA DE DROGA E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME QUE INDICAM COMPORTAMENTO VOLTADO AO DELITO - MEDIDA FACULTATIVA QUE NÃO SE MOSTRA SUFICIENTE A PREVENÇÃO E REPRESSÃO DO NARCOTRÁFICO RECURSO DA JUSTIÇA PÚBLICA PARCIALMENTE PROVIDO PARA ESSE FIM.

TRÁFICO DE DROGAS DESCLASSIFICAÇÃO PARA A FIGURA DE PORTE PRA USO PRÓPRIO ADMISSIBILIDADE - PRETENDIDA CONDENAÇÃO POR NARCOTRÁFICO - INADMISSIBILIDADE - FRÁGIL CONJUNTO PROBATÓRIO - INEXISTÊNCIA DE PROVA INDICATIVA DA INTENÇÃO DO COMÉRCIO ILÍCITO - INDÍCIOS DE QUE O TÓXICO SE DESTINAVA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AO CONSUMO PRÓPRIO - DESCLASSIFICAÇÃO MANTIDA - RECURSO ACUSATÓRIO PARCIALMENTE PROVIDO PARA OUTRO FIM (fl. 199).

Daí o presente **writ**, no qual alega o impetrante ser nítido o prejuízo causado diante da não aplicação do redutor do parágrafo 4º do art. 33 da Lei 11.343/06.

Aduz, ainda, que a quantidade e espécie de drogas apreendidas não são critérios legais que permitem concluir que o paciente estaria vinculado às atividades criminosas ou mesmo que integraria alguma organização criminosa.

Requer, ao final, que seja estabelecida a causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, a fixação do regime inicial aberto e, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

A liminar foi deferida, tão somente, para determinar o regime semiaberto até o julgamento final deste **writ**, às fls. 225-227.

Informações prestadas às fls. 241-292.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 296-302, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**, e, acaso admitido, pela **denegação da ordem**.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 303.684 - SP (2014/0227894-5)

EMENTA

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. PECULIARIDADES DO CASO. DIVERSIDADE, NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. REGIME INICIALMENTE FECHADO. ART. 2º, §1º, DA LEI N. 8.072/90. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. ANÁLISE DO ART. 33, §2º, B E §3º DO CP. COMPATIBILIDADE. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

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** n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; **RHC** n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e **RHC** n. 117.268/SP, Rel. Ministra **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** n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; **HC** n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; **HC** n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e **HC** n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - A expressiva quantidade de droga apreendida, aliada a outras circunstâncias próprias do caso concreto, ora pode impedir a incidência da referida minorante - caso em que estará evidenciada a dedicação à atividade criminosa. (**Precedentes**), ora como fator que, embora não impeça a aplicação da causa de diminuição, será tomada como parâmetro para definir o quantum da redução da pena.

IV - No caso dos autos, as circunstâncias do crime (dentre elas, a expressiva quantidade e diversidade de drogas apreendidas - **140,4gr de maconha, 2,88gr de cocaína e 18,10gr de crack**) justifica o afastamento da minorante, eis que há indicativo de que o paciente dedicar-se-ia a "atividades criminosas", inocorrendo, portanto, o permissivo legal previsto no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06. (**Precedentes**).

V - O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 - com redação dada pela Lei nº 11.464/07. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§2º e 3º do Código Penal.

VI - Revela-se adequado na hipótese, consoante o disposto no art. 33, §§2º e 3º, ambos do Código Penal, a imposição do regime inicial semiaberto ao paciente, condenado a pena inferior a 8 (oito) anos, primário, ostentando condições judiciais favoráveis.

Habeas Corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para confirmar a liminar e tão somente fixar o regime semiaberto de cumprimento de pena, **ex vi** do art. 33, §2º, **b**, e §3º, do CP.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: 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 n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Ministra **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014).

As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinham-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 n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

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.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Na presente impetração busca-se a aplicação da redução da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

Argumenta o impetrante, em síntese, que *"na terceira fase da aplicação da reprimenda, a autoridade coatora afastou a aplicação do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas ao caso, a despeito da primariedade do paciente e da análise positiva de todas as circunstâncias judiciais, dentre as elencadas no artigo 42 do mesmo diploma legal, por entender que estaria presente na hipótese o crime organizado*.

Não obstante, a defesa entende que o fundamento utilizado é inidôneo, por diversos motivos.

Com efeito, o artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 dispõe que o réu portador de bons antecedentes criminais, primário, que não integre organização criminosa e não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

se dedique às atividades criminosas deve ser agraciado com a redução da pena definitiva na fração de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços)" (fl. 3).

[...]

Aduz, ainda, que " ao lado disso, verifica-se que a quantidade e espécie de drogas apreendidas não são critérios legais que permitem concluir que o agente estaria vinculado às atividades criminosas, ou mesmo integraria alguma organização criminosa.

Com efeito, o artigo 42 da Lei de Drogas estabelece que referidas circunstâncias devem ser avaliadas na primeira fase da dosimetria das penas, com preponderância, inclusive, àquelas dispostas no artigo 59 do Código Penal.

Por conseguinte, a fim de evitar violação ao princípio do ne bis in idem, é vedado ao aplicador da norma também levar em consideração a quantidade e variedade de entorpecentes na terceira etapa da aplicação das penas, como vem decidindo o Supremo Tribunal Federal (fl. 6).

*Da análise dos fundamentos que dão suporte ao v. acórdão objurgado, observa-se que o eg. Tribunal **a quo** valorou a quantidade e a diversidade da droga apreendida como fator apto a justificar a não incidência da fração redutora de pena conforme o disposto no art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006. Trago excerto da r. decisão ora combatida, **verbis**:*

*"Já a reprimenda imposta a Luciano merece reparo, **acolhendo-se o recurso da Justiça Pública para afastar a benesse do § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06.***

*Com efeito, **embora Luciano seja primário e possua bons antecedentes, deve-se levar em consideração a quantidade significativa e variedade de entorpecentes apreendidos, capaz de disseminar o vício em larga escala, o modo como estava acondicionado e as circunstâncias como se desenvolveu a ação delitiva, demonstram que esse acusado estava voltado à prática criminosa. Portanto, não é recomendável a adoção dessa medida, aliás, de caráter facultativo, uma vez que a norma legal dispõe que "as penas poderão ser reduzidas", ficando ao prudente arbítrio do julgador essa análise no caso concreto.***

[...]

*Anoto que esse **réu foi beneficiado com a fixação da pena-base no mínimo legal, quando cabível aumento em razão da quantidade de tóxico apreendido, em atendimento ao previsto no artigo 42, da Lei de Drogas, bem como ao princípio da proporcionalidade**" (fls. 214-215 - grifei).*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Esta eg. Corte vem decidindo que a expressiva quantidade de droga apreendida, **aliada a outras circunstâncias próprias do caso concreto**, ora pode impedir a incidência do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, - caso em que estará evidenciada a dedicação à atividade criminosa -, ora como fator que, embora não impeça a aplicação da causa de diminuição, será tomada como parâmetro para definir o **quantum** da redução da pena.

Com efeito, o art. 42, da Lei 11.343/2006, determina que, na fixação da reprimenda, além das circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal, sejam também consideradas, com preponderância, a **natureza e a quantidade da substância** ou do produto, haja vista que, no tráfico de entorpecentes, tais fatores são relevantes, tendo a finalidade de conferir isonomia aos infratores, dando tratamentos desiguais para os que são diferentes.

Na hipótese, tenho que a diversidade e a quantidade de droga apreendida com o paciente (**140,4gr de maconha, 2,88gr de cocaína e 18,10gr de crack**) revela-se apta a evidenciar que ele dedicar-se-ia à atividade criminosa, não fazendo jus, portanto, à incidência da minorante, conforme previsto no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06.

Colaciono precedentes desta Corte que corroboram a tese ora aventada, **verbis**:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEVADA NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. ART. 42 DA LEI 11.343/06 EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. REFORMATIO IN PEJUS. INOCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

1. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, na fixação das penas deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante disposto no art. 42, da Lei n. 11.343/06.

[...]

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO. BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. *Revela-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, tendo em vista que as circunstâncias do caso - principalmente a quantidade de droga apreendida - demonstram não se tratar de traficante eventual" [...]"* (AgRg no HC n. 268565/MS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 23/10/2014, **grifei**).

[...]" (AgRg no HC n. 268565/MS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 23/10/2014, **grifei**).

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. NÃO APLICAÇÃO. 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.

[...]

2. *Admite esta Corte Superior que a natureza e a quantidade da substância entorpecente justifiquem a não aplicação da minorante do tráfico privilegiado" (HC n. 300550/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 6/10/2014, grifei).*

Em relação ao regime inicial de cumprimento de pena, o eg. Tribunal a quo fixou o regime inicial fechado, utilizando-se do seguinte fundamento:

"Adequado o regime inicial fechado tanto para o crime da Lei de Drogas, nos termos da Lei 11.464, de 28 de março de 2007, como medida necessária e suficiente à prevenção e reprovação do crime" (fls. 216-217).

Pois bem. Verifica-se que o regime fechado foi fixado, em segunda instância, em razão da hediondez do delito. Como cediço, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, §1º, da Lei 8.072/90 - com redação dada pela Lei nº 11.464/07. Portanto, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33 e do art. 59, ambos do Código Penal.

Este também é entendimento perfilhado por esta eg. Corte, **verbis**:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS, PORTE ILEGAL DE ARMA E RECEPÇÃO. PENAL. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. DESCABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. SANÇÃO MAIOR QUE QUATRO ANOS. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. RÉU PRIMÁRIO E SEM MAUS ANTECEDENTES. ADEQUAÇÃO. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

[...]

7. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

8. Fixada a pena-base no mínimo legal, inexistindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, em se tratando de réu primário e com bons antecedentes, não existe razão para negar o regime inicial semiaberto.

9. Ordem de habeas corpus não conhecida. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, para, mantida a condenação, fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente" (HC n. 239999/MS, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 21/8/2014).

Consoante a decisão ora combatida, a pena base foi fixada no mínimo legal, ou seja, em cinco anos, ante as circunstâncias favoráveis do paciente. Dessarte, **ex vi** do art. 33, §2º, **b**, e §3º, do CP, o paciente faz jus a regime compatível com a reprimenda imposta, devendo ser fixado o semiaberto para cumprimento de pena.

Diante de tais considerações, **não conheço do writ**.

Todavia, concedo a ordem de ofício para confirmar a liminar e tão somente fixar o regime semiaberto de cumprimento de pena, **ex vi** do art. 33, §2º, **b**, e §3º do Código Penal.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0227894-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 303.684 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00868791120108260050 20120000383346 20140000381686 868791120108260050
90001476820108260050

EM MESA

JULGADO: 16/12/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: ISABELA VELOSO MONREAL
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: LUCIANO MACHADO DA SILVA
CORRÉU	: MARCIA REGINA SANTOS DO NASCIMENTO

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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) e Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.