



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 289.065 - RJ (2014/0038993-4)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : JOSÉ CARLOS VENTURA PEREIRA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). DEDICAÇÃO DO PACIENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. REGIME FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. Os fundamentos utilizados pela Corte estadual para não aplicar ao caso concreto a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa, evidenciada sobretudo pelas circunstâncias do delito e pela quantidade de drogas apreendidas (33,7g de "maconha", distribuída em 18 embalagens), está em consonância com o entendimento desta Corte.

Ademais, para se acolher a tese de que o paciente não se dedica às atividades criminosas, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em *habeas corpus*.

2. Quanto ao regime prisional, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

In casu, em razão da primariedade do paciente, do *quantum* de pena aplicado, superior a 4 e inferior a 8 anos (art. 33, § 2º, "b", do Código Penal - CP), da inexistência de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP), bem como da fixação da pena-base no mínimo legal, o regime a ser imposto deve ser o semiaberto. Precedentes.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime inicial semiaberto.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de agosto de 2016(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 289.065 - RJ (2014/0038993-4)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : JOSÉ CARLOS VENTURA PEREIRA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de JOSÉ CARLOS VENTURA PEREIRA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro proferido na Apelação n. 0446336-72.2012.8.19.0001.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 (tráfico de drogas).

Em apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso da defesa, em acórdão assim ementado:

Réu preso. Artigo 33, caput, da Lei n o 11.343/06. Guardava 33,7g de Cannabis Sativa L. distribuídos em 18 pequenas embalagens. Condenação a 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado e à satisfação de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Inconformada com o decisum, a Defesa apresentou as suas razões buscando:

(1) a absolvição pela suposta falta de provas contra o sujeito.

(A) Materialidade e autoria devidamente comprovadas conforme o laudo pericial e os depoimentos colhidos sob o crivo do contraditório. Enunciado n o 70 do TJ/RJ. Provas robustas fundamentando a condenação e ausência de qualquer contradição nas palavras dos policiais, tanto em sede inquisitorial quanto em audiência.

(2) a desclassificação para o uso de entorpecentes.

(B) Impossibilidade. A natureza, a quantidade da substância apreendida, bem como o local e as condições nas quais se desenvolveu a ação caracterizam a mercancia ilícita.

(3) a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33,§ 4º da Lei 11343/06, no grau máximo (2/3);

(C) As circunstâncias fáticas do delito, a natureza, a quantidade da droga impedem a diminuição da reprimenda. Ademais, nas localidades comandadas por facções

criminosas, impossível a realização do comércio ilícito por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

peessoa não pertencente a organizações criminosas ou aliada a seus "chefes" ("Comando Vermelho").

(4) o estabelecimento de regime menos gravoso.

(D) Mantido o regime inicialmente fechado, com base no artigo 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90, pois tal dispositivo goza de presunção de constitucionalidade e se mostra o mais adequado para o crime de tráfico de drogas.

(5) a substituição da pena por restritiva de direito.

(E) Impossível acolher tal pretensão, em razão do não preenchimento do requisito legal objetivo, pois a reprimenda definitiva restou fixada acima de 4 anos de reclusão (artigo 44, inciso I, do C.P.).

(6) Por fim, o prequestionamento da matéria.

(F) Ausência de qualquer violação às normas constitucionais e infraconstitucionais.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (fls. 129/132).

Daí o presente *writ*, no qual a defesa sustenta que o paciente faz *jus* à aplicação da causa redutora de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, em razão de possuir bons antecedentes e não haver provas de que se dedique à atividade criminosa.

Ressalta que o regime fechado foi fixado com base em dispositivo declarado inconstitucional pela Suprema Corte, fazendo *jus* a regime mais brando em virtude do *quantum* da pena e das condições pessoais favoráveis do paciente. Invoca o Enunciado nº 719 da Súmula da Suprema Corte.

Requer, assim, a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, no patamar máximo (2/3), e, caso deferida, a substituição da pena por restritiva de direito e o regime aberto. Alternativamente, pleiteia a concessão do regime prisional semiaberto.

O pedido liminar foi indeferido (fl. 150), as informações devidamente prestadas (fls. 158/193) e o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 199/207).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 289.065 - RJ (2014/0038993-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (Relator):

Por tratar-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

O paciente foi preso em flagrante na posse de 33,7g de "maconha", distribuída em 18 embalagens.

Diante disso, foi condenado por tráfico de drogas, tendo o Magistrado de primeiro grau aplicado a pena nos seguintes termos:

Observadas as diretrizes dos artigos 59 e 68 do Código Penal e o art. 42 da Lei nº 11.343/06, passo a fixar as penas.

A culpabilidade do réu, aferível no caso concreto, não destoa da usualmente verificada em delitos da mesma natureza. As circunstâncias os motivos e as consequências do delito são próprios da espécie. Não há elementos nos autos que permitam avaliar a personalidade e a conduta social do acusado. Quanto aos antecedentes, como já dito, o acusado não os ostenta, sendo tecnicamente primário.

Por tais motivos, já considerando a circunstância atenuante da menoridade e a rigor do disposto na súmula nº 231 do STJ, fixo a pena-base, no mínimo legal, em 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO E PAGAMENTO DE 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA, NO VALOR UNITÁRIO MÍNIMO LEGAL, ANTE A SITUAÇÃO ECONÔMICA DO RÉU, CONSTITUINDO ESTA A RESPOSTA FINAL DEFINITIVA, ANTE A AUSÊNCIA DE OUTRAS CAUSAS DE AUMENTO OU DIMINUIÇÃO.

Deixo de reduzir a pena acima fixada, eis que ausentes os requisitos previstos no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, na forma da fundamentação supra, eis que evidentemente o acusado faz parte de organização criminosa.

[...]

Registre-se que o réu está preso há por este feito desde 13/11/2012, ou seja, há 195 (cento e noventa e cinco) dias (data de hoje 27/05/2013), os quais deverão ser computados para efeito de cumprimento da pena privativa de liberdade e de progressão de regime.

O regime inicial há de ser o fechado, consoante o disposto no art. 33, § 2º, "a", do Código Penal.

Incabíveis os benefícios previstos nos arts. 44 e 77, do Código Penal, por ausências dos requisitos legais (fls. 86/89).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Corte estadual, por sua vez, asseverou:

Quanto ao pedido de reconhecimento da causa de diminuição prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, não assiste razão à Defesa, pois o Apelante não preenche os requisitos legais.

Para o reconhecimento desse benefício faz-se necessária a presença cumulativa de alguns elementos, quais sejam: primariedade, bons antecedentes, não dedicação às atividades criminosas e que o agente não integre organização criminosa.

A referida redução da pena mostra-se cabível em situações excepcionais, desde que presentes todos os requisitos, já que a intenção do legislador foi de diferenciar o traficante ocasional do habitual.

No caso concreto, apesar do apelante ser primário e não possuir antecedentes criminais, entendo inaplicável a redução pleiteada, considerando a demonstração da dedicação à atividade criminosa do tráfico no local.

Como é de conhecimento de todos, nas localidades onde são comandadas por facções criminosas ("Parque União" – "Comando Vermelho"), é impossível que alguém realize o comércio ilícito sem pertencer a essas organizações espúrias ou aliar-se aos seus "chefes".

Assim, as circunstâncias fáticas do delito, a natureza, a quantidade da droga (33,7g de Cannabis Sativa L., conhecida como maconha) impedem a fixação da redução da pena.

Portanto, não merece qualquer retoque a sanção aplicada.

Quanto à pretendida substituição da pena privativa de liberdade, também não assiste razão ao recorrente.

Mostra-se impossibilidade tal pretensão diante do não preenchimento do requisito legal objetivo, pois a pena definitiva restou fixada acima de 4 anos de reclusão (artigo 44, inciso I, do C.P.).

Assim, deixo de substituir a reprimenda por restritivas de direito.

Mantenho o regime inicialmente fechado, com base no artigo 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90, pois tal dispositivo goza de presunção de constitucionalidade. Ademais, as circunstâncias judiciais da Recorrente mostram-se desfavoráveis (fls. 143/146).

De início, verifico que os fundamentos utilizados pelo Tribunal *a quo* para não aplicar ao caso concreto a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, em razão da dedicação do paciente às atividades criminosas, evidenciada, sobretudo pelas circunstâncias do delito e pela quantidade de drogas apreendidas, está em consonância com o entendimento desta Corte.

Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRETENDIDA APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS EM LEI. COAÇÃO NÃO VERIFICADA. RECURSO IMPROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 666.334/AM, sob o regime da repercussão geral, firmou o entendimento de que a natureza e a quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico de drogas devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, sob pena de indevido bis in idem, cabendo ao magistrado decidir em que momento as utilizará.

2. No caso dos autos, a natureza e a quantidade do entorpecente apreendido foram utilizadas para a fixação da pena-base acima do mínimo, e não obstante terem sido mencionadas na terceira fase da dosimetria, o Tribunal a quo afastou a aplicação da causa de diminuição especial por entender que o paciente se dedicava a atividades criminosas em razão das circunstâncias do delito, que denotam a habitualidade delitiva do sentenciado. Precedente.

3. Agravo Regimental improvido (AgRg no HC 347.192/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 09/08/2016).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTOS VÁLIDOS PARA A MODULAÇÃO DO ÍNDICE DE REDUÇÃO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS. CRITÉRIO IDÔNEO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

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 dos Tribunais Superiores, a quantidade e a natureza da droga apreendida podem ser sopesadas na definição do índice de redução da pena pela incidência do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 ou, até mesmo, no impedimento da aplicação da referida minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. Precedentes.

3. No caso, o Juiz sentenciante, dentro do critério de discricionariedade vinculada do julgador na individualização da pena, reduziu a pena em 1/6, com fundamento na variedade e natureza das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

drogas apreendidas - 22 pinos de cocaína (15g) e 26 papélotes de maconha (51,8g) -, o que não se mostra desproporcional.

4. Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, o julgador deve observar os critérios dos arts. 33 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006.

[...]

7. Habeas corpus não conhecido (HC 296.067/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 10/05/2016).

Ademais, para se acolher a tese de que o paciente não se dedica às atividades criminosas, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em *habeas corpus*. Confira-se, a propósito, o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. QUALIFICAÇÃO DE TESTEMUNHA MANTIDA SOB SIGILO, PERMITIDA SUA DIVULGAÇÃO APENAS AO ADVOGADO DOS ACUSADOS, JUIZ E PROMOTOR. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. CONDENAÇÃO BASEADA EM OUTRAS PROVAS, COLHIDAS SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PENA MAIOR QUE QUATRO ANOS. HABEAS CORPUS DENEGADO.

[...]

3. Inaplicável a causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006 na hipótese, na medida em que, conforme consignado pela sentença condenatória, mantida pelo acórdão de apelação impugnado, o Paciente não preenche os requisitos legais, tendo em vista se dedicar à atividade criminosa. E, não é possível, na estreita via do habeas corpus, rever a conclusão exarada pela instância ordinária, por demandar incabível reexame do conjunto fático-probatório. Precedentes.

[...]

5. Habeas corpus denegado (HC 206.142/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 23/4/2013).

Quanto ao regime prisional, verifica-se que a sua imposição pelas instâncias ordinárias está lastreada exclusivamente na vedação legal, o que vai de encontro com a jurisprudência desta Corte, conforme se verifica nos seguintes julgados:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. DESPROPORCIONALIDADE. ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- 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.

- **O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 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.**

- No caso, o quantum da pena (2 anos e seis meses de reclusão) e a primariedade do paciente levariam a fixação do regime aberto. No entanto, tendo em vista que as circunstâncias judiciais não lhe são favoráveis, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo, e as circunstâncias do caso concreto (quantidade e variedade da droga e o envolvimento de três adolescentes) a fixação do regime de cumprimento de pena no semiaberto se mostra adequado para a repressão do delito.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto para cumprimento da pena privativa de liberdade (HC 324.129/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 07/10/2015).

Ademais, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 2º, da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Cumpre transcrever a ementa do referido julgado:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 (HC 111840, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/06/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-249 DIVULG 16-12-2013 PUBLIC 17-12-2013).

Dessa forma, em razão da primariedade do paciente, do *quantum* de pena aplicado, superior a 4 e inferior a 8 anos (art. 33, § 2º, "b", do Código Penal - CP), da inexistência de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP), bem como da fixação da pena-base no mínimo legal, o regime a ser imposto deve ser o semiaberto.

Nesse sentido:

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. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA DA VEDAÇÃO DO BIS IN IDEM. PENA NO MÍNIMO LEGAL. ANÁLISE DO ART. 33, § 2º, B E § 3º DO CP. SEMIABERTO. REGIME COMPATÍVEL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

[...]

III - No caso dos autos, as circunstâncias do crime (dentre elas, a expressiva quantidade de drogas apreendidas) justifica o afastamento da minorante, eis que há indicativo de que o paciente se "dedica a atividades criminosas", incorrendo, portanto, o permissivo legal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 (precedentes).

IV - O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 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.

V - 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 tão somente para que seja fixado o regime semiaberto de cumprimento de pena, ex vi do art. 33, § 2º, b, e § 3º, do CP.

(HC 267.378/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/04/2015, DJe 29/04/2015)

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ASSOCIAÇÃO E TRÁFICO DE DROGAS. CONCURSO MATERIAL. SOMA DAS PENAS. FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

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. Na esteira dos precedentes deste Sodalício Superior, o Tribunal de origem, ao reconhecer a ocorrência de concurso material, fez corretamente o somatório das penas impostas nos delitos de associação e tráfico de drogas (3 anos e 5 anos, respectivamente), tornando-as definitivas em 8 anos de reclusão, para assim avaliar o regime prisional a ser imposto, por força de expressa previsão legal (art. 33, § 2º, "a", do Código Penal e art. 111 da LEP).

3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

4. Considerando a quantidade de pena imposta (8 anos), a primariedade dos condenados e o fato de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis, deve ser fixado o regime inicial semiaberto, a teor do contido no art. 33, § 2º, alínea "b", e § 3º, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena (HC 329.568/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 19/11/2015).

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer do presente *habeas corpus*, mas concedo a ordem de ofício para fixar o regime inicial semiaberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0038993-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 289.065 / RJ

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 037067792012 04463367220128190001 37067792012 4463367220128190001

EM MESA

JULGADO: 23/08/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	: JOSÉ CARLOS VENTURA PEREIRA

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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.