



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 371.292 - SP (2016/0243064-8)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : JULIANA PASCUTTI FERREIRA DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : REGIS APARECIDO DE OLIVEIRA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO ÀS PENAS DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, E 500 DIAS-MULTA. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CABIMENTO. NEGATIVA, PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, COM LASTRO APENAS EM CONDENAÇÃO POR FATO POSTERIOR. AFRONTA À SÚMULA N. 444 DESTA CORTE. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO QUE NÃO LEVAM À CONCLUSÃO DA DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES ILÍCITAS. RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO. NOCIVIDADE DA DROGA APREENDIDA. FRAÇÃO DE 1/6 APLICADA. PENA REDUZIDA. REGIME PRISIONAL FECHADO. NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO. PACIENTE PRIMÁRIO, COM CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS, CONDENADO À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUPERIOR A 4 E NÃO EXCEDENTE A 8 ANOS. REGIME INICIAL SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. COAÇÃO ILEGAL EVIDENCIADA. *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.

– Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

– Por outro lado, a quantidade, a nocividade e a variedade dos entorpecentes apreendidos são fundamentos idôneos a ensejar a escolha da fração redutora em caso de aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

– A condenação por fato posterior, por não constituir maus antecedentes, nos termos da Súmula n. 444/STJ, não conduz à conclusão de que o paciente dedica-se às atividades criminosas, sendo inidôneo tal fundamento para, de forma isolada, sem o cotejo com as circunstâncias em que ocorreu o delito, obstar a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, ainda mais no caso em tela, em que não foi apreendida elevada quantidade de droga.

– Reconhecido o tráfico privilegiado, a pena provisória deve ser reduzida na fração de 1/6, diante da nocividade da droga apreendida (*cocaína*), que aponta a gravidade concreta do delito. Precedentes.

– Mantida a condenação em patamar superior a 4 anos, resulta inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44, I, do CP.

– O STF, 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.

– Por outro lado, nos termos da enunciado constante da Súmula n. 440/STJ, *fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito*. Na mesma linha, as Súmulas n. 718 e n. 719 do STF.

– Considerando que a pena-base foi estabelecida no mínimo legal e tendo em vista a primariedade do acusado e o fato de a quantidade da droga apreendida não ter sido muito elevada, o regime inicial semiaberto, legalmente previsto para a pena de 4 anos e 2 meses de reclusão, é o que mais se amolda à hipótese em tela, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para redimensionar as penas do paciente para 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 416 dias-multa, mantidos os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

demaís termos da condenação.

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 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 371.292 - SP (2016/0243064-8)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : JULIANA PASCUTTI FERREIRA DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : REGIS APARECIDO DE OLIVEIRA (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de REGIS APARECIDO DE OLIVEIRA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0020410-46.2011.8.26.0050.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006 (fls. 46/55).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual não foi provido pelo Tribunal *a quo* (fls. 37/45).

Na presente impetração, a defesa sustenta haver constrangimento ilegal, ao fundamento de que o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 deve ser aplicado na fração máxima de 2/3, sob a alegação de que o paciente não possui ações penais condenatórias transitadas em julgado, a atrair ao caso do disposto no enunciado n. 444 da Súmula desta Corte.

Sustenta, ademais, que, uma vez reduzida a pena em patamar inferior a quatro anos, o paciente faz *jus* ao regime inicial aberto e à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do CP.

Diante disso, pede, liminarmente e no mérito, que incida o redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em seu patamar máximo e, conseqüentemente, que seja fixado o regime inicial mais brando e substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pedido liminar deferido, assegurando ao paciente o direito de aguardar, no regime semiaberto, o julgamento do mérito do presente *writ* (fls. 60/62).

Informações prestadas às fls. 77/99 e 103/119.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela concessão *ex officio* da ordem, *apenas para que o Juízo das Execuções proceda à nova fixação do regime inicial de cumprimento da pena, com estrita observância às regras do artigo 33 do CP, afastada a gravidade abstrata do delito (Lei 8.072/1990, artigo 2º, § 1º, na redação da Lei 11.464/2007)* (fl. 127).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 371.292 - SP (2016/0243064-8)

VOTO

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

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpre analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Quarta Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa da paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Como já consignado no relatório, busca a defesa a aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, por entender que o paciente atende aos requisitos legais, bem como a fixação de regime inicial mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

No caso, o Juízo *a quo* aplicou a pena-base no mínimo legal, em 5 anos de reclusão, a qual se tornou definitiva, pois ausentes causas modificativas. Na ocasião, não foi reconhecida a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 pelos seguintes fundamentos (fl. 53):

Inviável a aplicação do § 4.º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, posto que, como o próprio acusado declarou, foi ele condenado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

justamente por tráfico ilícito de entorpecentes e está preso em razão daquele processo. Claramente, dedicava-se à vida criminosa.

O Tribunal de origem, ao julgar o apelo defensivo, manteve a não incidência do redutor em comento, tendo o voto condutor do acórdão transcrito as razões invocadas pelo sentenciante (fls. 43/44).

Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

Por outro lado, a quantidade, a nocividade e a variedade dos entorpecentes apreendidos são fundamentos idôneos a ensejar a escolha da fração redutora em caso de aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Na hipótese em comento, todavia, as instâncias de origem não reconheceram o privilégio com base no fato de o paciente já ter sido condenado pela prática de outro delito de tráfico. Contudo, pela leitura da folha de antecedentes criminais do acusado (fls. 30/36), verifica-se que a condenação refere-se a fato posterior ao do caso em tela, de modo que tal condenação não pode ser utilizada para fins de valoração desfavorável dos antecedentes.

Ademais, considerando-se que a quantidade da droga apreendida (47,7 gramas de cocaína) não foi tão elevada, inexistem elementos que, juntamente com as circunstâncias em que ocorreu o delito, indiquem a dedicação do acusado às atividades ilícitas.

Nessa linha:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. AFASTAMENTO COM BASE APENAS NA EXISTÊNCIA DE OUTRA AÇÃO PENAL EM ANDAMENTO. PEQUENA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. REGIME



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FECHADO. PROCESSOS EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

- As instâncias ordinárias concluíram que o paciente não preenchia os requisitos necessários para a aplicação da causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, por entender que este se dedicava a atividades criminosas. Contudo, o simples fato de o acusado responder a outra ação penal, por si só, não conduz à conclusão de que se dedique a atividades criminosas, sendo inidôneo tal fundamento para, de forma isolada, obstar a aplicação do redutor previsto no § 4 do art. 33 da Lei 11.343/2006, sobretudo pelo fato de o paciente ter sido apreendido com pequena quantidade de droga.

(...)

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente, fixar o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Tribunal a quo. (HC 332.944/RS, deste Relator, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 24/11/2015) - grifei.

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA NEGADA. FEITOS CRIMINAIS EM CURSO. CONDENAÇÃO DEFINITIVA POR FATO POSTERIOR AO DELITO EM EXAME. IMPOSSIBILIDADE. DEMAIS PLEITOS. ANÁLISE PREJUDICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. É inviável negar a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, 4º, da Lei n.º 11.343/2006 amparando-se na pendência de feitos criminais em curso, haja vista que é pacífica a jurisprudência deste Sodalício no sentido de que inquéritos policiais ou ações penais sem trânsito em julgado não podem ser considerados para se firmar um juízo negativo sobre antecedentes, conduta social e a personalidade, sob pena de se vulnerar a garantia da presunção de inocência. Do mesmo modo, não é possível valorar negativamente as referidas circunstâncias judiciais em razão da existência de condenação já transitada em julgado por delito perpetrado em momento posterior ao fato sub examine, porquanto devem ser valoradas com base na conduta do réu anteriormente ao ato descrito na denúncia.

(...)

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de, afastados os óbices utilizados para negar a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 - a existência de feitos criminais em curso e de condenação definitiva por fato posterior ao crime em tela -, determinar ao Tribunal de origem que proceda à nova análise acerca da possibilidade de aplicação do aludido redutor, examinando ainda a possibilidade de substituição da pena privativa por restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, e de fixação de regime inicial de cumprimento da pena diverso do fechado, à luz do art. 33 e parágrafos do Código Penal. (HC 338.378/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 11/12/2015) - grifei.

Assim, como o único argumento para justificar o não reconhecimento do tráfico privilegiado consistiu no fato de o paciente possuir uma condenação posterior contra ele, o que, como visto, por si só, não constitui motivação idônea para tanto, reconheço o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 em favor do acusado.

Portanto, reconhecido o privilégio, a pena provisória deve ser reduzida na fração mínima de 1/6, uma vez que, embora a quantidade da droga não tenha sido muito elevada - 47,7 gramas -, a sua nocividade - cocaína - enseja uma maior resposta estatal no momento da dosimetria da pena, ante a gravidade concreta do delito.

Nessa linha:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. APELAÇÃO JULGADA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. OFENSA À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. O estabelecimento do redutor na fração de 1/6 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, diante da quantidade e natureza da substância entorpecentes apreendida em poder do paciente - 44 pedras de crack - a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006.

Motivada de maneira concreta a fixação do quantum de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicação do referido benefício, não há falar em ilegalidade.

(...)

5. Habeas corpus não conhecido. (HC 362.593/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 10/10/2016) - grifei.

Em decorrência, mantidos os critérios utilizados pelo Tribunal de origem na primeira e segunda fases da dosimetria, com penas provisórias fixadas em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, reduzo a sanção em 1/6, diante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, redimensionando as penas da **paciente para o montante definitivo de 4 anos e 2 meses de reclusão e 416 dias-multa.**

Deixo de substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois o montante da pena corporal - 4 anos e 2 meses de reclusão - não atende ao requisito objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal.

Quanto ao regime, sabe-se que 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.

Dessa forma, para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:

Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Nesse mesmo sentido, as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, *in verbis* :

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicada permitir exige motivação idônea.

No caso, o sentenciante estabeleceu o regime inicial fechado sem qualquer fundamentação (fl. 53) e o Tribunal manteve o regime mais gravoso com lastro na hediondez e na gravidade abstrata do delito (fl. 44), argumentos inidôneos para tal fim.

Dessa forma, considerando que a pena-base foi estabelecida no mínimo legal e tendo em vista a primariedade do acusado e o fato de a quantidade da droga apreendida não ter sido muito elevada, o regime inicial semiaberto, legalmente previsto para a pena de 4 anos e 2 meses de reclusão, é o que mais se amolda à hipótese em tela, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Nessa linha:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 4 ANOS E 2 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PELO TRÁFICO PRIVILEGIADO, PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E NOCIVIDADE DA DROGA APREENDIDA QUE JUSTIFICAM A FRAÇÃO ESCOLHIDA. REPRIMENDA MANTIDA. REGIME PRISIONAL FECHADO. REFERÊNCIA À HEDIONDEZ DO CRIME.IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. PRIMARIEDADE E MONTANTE DA PENA QUE ENSEJAM O REGIME INICIAL SEMIABERTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

- 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.

- O regime mais gravoso que o patamar de pena aplicada pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Hipótese em que o regime fechado foi estabelecido pelo acórdão recorrido com base apenas na hediondez do delito, evidenciando a ocorrência do constrangimento ilegal alegado pela defesa. **Dessa forma, tendo em vista a primariedade do acusado, a análise favorável dos vetores do art. 59 do CP e o montante da pena de 4 anos e 2 meses de reclusão, o regime inicial semiaberto é o que mais se adequa à hipótese, consoante dispõe o art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.**

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para modificar o regime inicial de cumprimento da pena para o semiaberto. (HC 346.998/SP, deste Relator, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 01/06/2016) - grifei.

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 DA DROGA. FUNDAMENTOS VÁLIDOS PARA A MODULAÇÃO DO ÍNDICE DE REDUÇÃO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. QUANTIDADE DE DROGA NÃO SIGNIFICATIVA. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. INVIABILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

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 do art. 33 do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

5. **Fixada a pena do paciente em 4 anos e 2 meses de reclusão, e reconhecida sua primariedade, o regime semiaberto é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do CP, sobretudo quando considerada quantidade de droga apreendida (19,960g de crack), que não é expressiva.**

6. É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante do quantum de pena aplicada, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime semiaberto como inicial para cumprimento da pena. (HC 312.267/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 10/05/2016, DJe 18/05/2016) - grifei.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem *ex officio*, reduzindo as penas do paciente para 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 416 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0243064-8

HC 371.292 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00204104620118260050 0024104620118260050 20140000154482 204104620118260050
24104620118260050 4502011

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
ADVOGADA	: JULIANA PASCUTTI FERREIRA DE OLIVEIRA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: REGIS APARECIDO DE OLIVEIRA (PRESO)

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

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