



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 384.990 - SP (2017/0003186-9)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : VANESSA ALVES VIEIRA - SP308041
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUCAS APARECIDO DA SILVA ANTONIO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. REGIME FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL INTERMEDIÁRIO. ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL – CP E ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. DETRAÇÃO DO TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR PARA ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÕES SUFICIENTES NOS AUTOS PARA CARACTERIZAÇÃO DO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ANÁLISE PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. *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. Sedimentou-se, nesta Corte Superior, o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º do Código Penal em conjunto com o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga.

In casu, em razão de as circunstâncias judiciais serem favoráveis (art. 59 do Código penal – CP), de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal e de a pena aplicada ser inferior a 4 anos (art. 33, § 2º, alínea "c", do CP), caberia a fixação do regime inicial aberto. Todavia, a diversidade, natureza e variedade dos entorpecentes (art. 42 da Lei n. 11.343/06) – 59 pinos de cocaína (37,8 gramas), 13 pacotes plásticos que continham pinos de plástico de *crack* (234,5 gramas), 1.297 papelotes plásticos de maconha (3,942 gramas) e 19 embalagens plásticas de maconha (3.030 gramas) – é fundamentação idônea para justificar a imposição do regime inicial mais gravoso, mas que, no caso é o semiaberto, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do CP e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma.

3. Inexiste flagrante ilegalidade apta a ensejar a concessão da ordem no tocante à detração do tempo de prisão cautelar do paciente para fixação do regime inicial, pois como bem informa a Corte estadual, não constam nos autos informações suficientes a respeito do efetivo tempo em que o paciente ficou preso cautelarmente. Dessa forma,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

caberá ao Juízo das Execuções examinar se o tempo de prisão cautelar do paciente autoriza a fixação de regime mais brando. Precedente.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto, bem como determinar que o Juízo das Execuções considere a possibilidade da detração.

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 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), 22 de agosto de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 384.990 - SP (2017/0003186-9)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : VANESSA ALVES VIEIRA - SP308041
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUCAS APARECIDO DA SILVA ANTONIO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de LUCAS APARECIDO DA SILVA ANTONIO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido no julgamento da Apelação n. 0001454-65.2014.8.26.0635.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 6 anos, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, por ter praticado o delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 (tráfico de entorpecentes).

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual deu parcial provimento ao recurso, para reduzir a reprimenda para 2 anos e 6 meses de reclusão, mantida, no mais, a sentença, em acórdão assim ementado:

Tráfico ilícito de entorpecentes ~ Apelação - Nulidade processual não demonstrada - Rejeição da preliminar - Conjunto probatório suficiente para o reconhecimento do crime - Absolução - Descabimento - Afastamento da responsabilização pela integralidade das drogas apreendidas, com repercussão na dosimetria penal - Sentença reformada nessa extensão - Recurso parcialmente provido (fl. 24).

Daí o presente *writ*, no qual a defesa alega que, em razão da pena-base ter sido fixada no mínimo legal, de ter sido reconhecida a causa redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas e do *quantum* da pena aplicado ser inferior a 4 anos, deve ser aplicado o regime prisional aberto.

Sustenta que está preso desde 26/12/2014, restando apenas 5 meses para o cumprimento da pena, devendo ser esse período descontado da pena e fixado o regime prisional aberto, em observância ao art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal – CPP.

Aduz que o regime fechado está fundamentado somente na gravidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

abstrata do delito, fazendo *jus* a regime prisional mais brando.

Requer, assim, a fixação de regime inicial mais brando.

Indeferida a liminar (fls. 40/43), as informações foram devidamente prestadas (fls. 54/92 e 93/113) e o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem (fl. 117/124).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 384.990 - SP (2017/0003186-9)

VOTO

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

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.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, a fixação de regime inicial mais brando para cumprimento de pena.

A acusação acolhida é a de que o paciente trazia consigo, mantinha em depósito e guardava, para entrega ao consumo de terceiros, 59 pinos de cocaína (37,8 gramas), 13 pacotes plásticos que continham pinos de plástico de *crack* (234,5 gramas), e 1.297 papelotes plásticos de maconha (3,942 gramas) e 19 embalagens plásticas de maconha (3.030 gramas) (fls. 16 e 28).

Nesse contexto, foi condenado por tráfico de drogas, tendo o Juízo de primeiro grau fixado a pena em 6 anos, 11 meses, e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado. O Tribunal *a quo*, por sua vez, deu parcial provimento à apelação defensiva, para reduzir a pena-base ao mínimo legal e aplicar a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, restando a pena fixada em 2 anos e 6 meses de reclusão, mantido o regime prisional fechado, sob os seguintes fundamentos:

A pena-base foi fixada em 2/3 acima do mínimo legal, diante da natureza, diversidade e quantidade dos entorpecentes, e, na etapa intermediária, diminuída da sexta parte, por força da atenuante da menoridade relativa, atingindo-se definitivamente 06 (seis) anos, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 694 (seiscentos e noventa e quatro) dias-multa menores.

Entretanto, afastada a propriedade da integralidade das substâncias estupefacientes, a pena-base deve ser fixada no mínimo legal, salientando que a diversidade, natureza e quantidade serão avaliadas para definir o quantum de redução da pena, em face do que dispõe o artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, sob pena de incorrer em bis in idem.

Nesse jaez, a menoridade, ainda que reconhecida, não repercute pela inviabilidade de redução aquém do mínimo (.Súmula 231, do Colendo Superior Tribunal de Justiça, e RE nº- 597.270 RG-QO, do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Excelso Supremo Tribunal Federal - julgado, com repercussão geral reconhecida, em 26.03.2009).

Na terceira fase da dosimetria, presentes os requisitos legais, já que não demonstrada a saciedade a dedicação à atividade ilícita, e sopesadas a natureza das substâncias entorpecentes, de alto poder lesivo e viciante, bem como sua quantidade e diversidade (37 porções de crack, 42 de maconha e 59 de cocaína), de rigor a atenuação, por força do redutor especial, no patamar mediano, perfazendo-se, à míngua de outras causas modificadoras, 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa mínimos.

Conserva-se o regime inicialmente fechado, porquanto é o mais adequado à espécie, aqui individualizado como necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, tanto por fundamento na Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei 11.464/07, quanto pelo desfavorecimento das circunstâncias e consequências fáticas concretamente recolhidas dos autos, especialmente, mas não tão só, pela quantidade, natureza e diversidade das substâncias entorpecentes, aqui minudentemente aferidas.

Inaplicável, ainda, no presente caso, o § 2º do artigo 387, do Código de Processo Penal, pois os autos não contam com informações suficientes a respeito do efetivo tempo em que o réu se manteve provisória e especificamente preso por este processo, daí porque temerário qualquer cálculo detrator na fase de conhecimento.

Não se olvide, paralelamente, que o tempo de prisão provisória não é o único critério a se avaliar em eventual progressão de regime que se antecipe, da fase executória, para o momento da prolação da sentença.

Ora, o artigo 112, caput, da Lei de Execuções Penais, ainda exige a comprovação de bom comportamento carcerário, pela, entre outras condições, inexistência de faltas disciplinares graves, informes que, a exemplo do real período de prisão provisória, são atualmente desconhecidos.

Ademais, a regra jurídica em destaque só terá incidência nas hipóteses excepcionais, em que o período de prisão cautelar for considerável a ponto de justificar o imediato abrandamento do regime prisional, o que não é o caso em testilha.

[...]

Inviável, também, a conversão da privativa de liberdade em restritivas de direitos, porque reservadas aos delitos de menor potencial ofensivo, lato sensu (vide a Exposição de Motivos do então Projeto de Lei nº 689, de 18 de dezembro de 1996) e não aos equiparados aos crimes hediondos, tais como o tráfico de entorpecentes.

Nada obstante decisão do Excelso Supremo Tribunal Federal, reconhecendo incidentalmente a inconstitucionalidade parcial das vedações contidas nos artigos 33, § 4º, e 44, ambos da Lei n. 11.343/06 (HC n. 97.256/RS, DJe 15.12.2010), e a Resolução n. 05/2012, do Senado Federal (publicada no D.O.U. de 16.02.2012) -que suspendeu a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

eficácia da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º, do artigo 33, da referida lei - há de se ressaltar que a natureza e a gravidade do delito de tráfico de entorpecentes aqui analisado impedem a aplicação das penas alternativas.

Outrossim, além da total incompatibilidade com o regime prisional obrigatório (inicial fechado), conforme o artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, não estão preenchidos os requisitos cumulativos do artigo 44, do Código Penal, pois o inciso III não se implementa na hipótese concreta, na medida em que os motivos e as circunstâncias do crime (lucro fácil em detrimento da essência e condição humana), aliados às consequências (fator de séria desestabilização familiar e social), deixam franqueada a insuficiência da substituição punitiva.

Enfim, não é razoável que se trate com tamanha benevolência aqueles que por cupidez ou outra razão de igual vileza resolvem ganhar a vida desgraçando a dos outros, de modo que, diante das funestas consequências da disseminação das drogas, a resposta penal deve ser minimamente representativa.

*Ante o exposto, REJEITO a matéria preliminar e DOU PARCIAL PROVIMENTO ao apelo interposto defensivamente para **reduzir a reprimenda para 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão** e pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa mínimos, **mantida, no mais, a respeitável sentença** apelada por seus próprios e jurídicos fundamentos (fls. 32/37).*

Sobre o 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. Assim, o regime prisional deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do CP.

Por outro lado, sedimentou-se, nesta Corte Superior, o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º do Código Penal em conjunto com o art. 42 da Lei 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga.

Na hipótese dos autos, encontra-se evidenciado o constrangimento ilegal na fixação do regime fechado pela Corte estadual.

É certo que as circunstâncias judiciais foram favoráveis (art. 59 do Código Penal – CP), a pena-base foi fixada no mínimo legal e a reprimenda aplicada inferior a 4



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

anos (art. 33, § 2º, alínea "c", do CP), caberia a fixação do regime inicial aberto ao paciente. Todavia, a gravidade concreta do delito, evidenciada pela natureza e variedade dos entorpecentes apreendidos (art. 42 da Lei n. 11.343/06), é fundamentação idônea para justificar a imposição do regime inicial mais gravoso, no caso o semiaberto, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do CP e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE CONDENADA A 3 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. NATUREZA DA DROGA - CRACK. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. BENEFÍCIO NEGADO EM VIRTUDE DA NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. 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.

- Para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso do que comporta a pena, é necessário fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.

- **Na hipótese, o acórdão recorrido fundamentou a necessidade do regime fechado com base na nocividade da droga objeto do delito de associação para o tráfico, qual seja, o crack.**

- **Embora válido o fundamento para o recrudescimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado à ré primária, condenada a pena reclusiva não superior a 4 anos, fazendo jus a paciente ao regime intermediário, qual seja, o semiaberto. Precedentes desta Corte.**

[...]

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto (HC 345.968/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJE 31/05/2016).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, E § 4º, DA LEI 11.343/2006. DOSIMETRIA DA PENA. **ABRANDAMENTO DE REGIME INICIAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REGIME INICIAL FECHADO EM RAZÃO DA HEDIONDEZ DO DELITO. INCONSTITUCIONALIDADE. ANÁLISE DOS ARTIGOS 33, §2º, ALÍNEA C, E §3º, DO CÓDIGO PENAL E 42 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REGIME SEMIABERTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

[...]

III - O col. 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.

IV - A definição do regime prisional para os condenados por tráfico de entorpecentes deve seguir a sistemática estabelecida no art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do Código Penal. Contudo, o art. 42 da Lei n. 11.343/2006 estabelece 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 conduta social do agente". Assim, tratando-se de uma circunstância judicial preponderante, a natureza e a quantidade de entorpecente, ainda que aplicada na terceira fase, poderá ser utilizada para justificar a imposição de um regime prisional mais gravoso.

V - Revela-se adequado na hipótese, consoante o disposto nos artigos 33, §§2º e 3º, do Código Penal, e artigo 42 da Lei 11.343/2006, a imposição do regime inicial semiaberto ao paciente, condenado à pena inferior a 4 (quatro) anos, primário, ostentando condições judiciais desfavoráveis.

[...]

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para confirmar a liminar e fixar o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena imposta ao paciente (HC 343.528/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 29/03/2016).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990. FUNDAMENTO INVÁLIDO. DISPOSITIVO DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF. DESPROPORCIONALIDADE. **PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO. DIVERSIDADE E NATUREZA DA DROGA VALORADOS NA TERCEIRA FASE. REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

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

3. **Estabelecida a pena definitiva em 2 (dois) anos de reclusão, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime semiaberto (previsto como o imediatamente mais grave segundo o quantum da sanção aplicada) é o suficiente à prevenção e à reparação do delito, considerada a natureza e a variedade das drogas apreendidas (63 eppendorfs contendo 57,6 gramas de cocaína, 12 invólucros plásticos contendo 13,7 gramas da mesma droga, além de 13 "trouxinhas" contendo 32,8 gramas de maconha), elencadas como circunstâncias prevalecentes, a teor dos arts. 33 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedente.**

4. Não se mostra socialmente recomendável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista a natureza e a diversidade da droga apreendida com o paciente, que denotam contornos de maior gravidade ao tráfico ilícito de drogas. Precedente.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade (HC 333.864/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 29/03/2016).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. **REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME. PENA INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. NEGATIVA EM VIRTUDE DA DIVERSIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. 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.

- Para a imposição de regime prisional mais gravoso do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que a pena comporta é necessário fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos.

- **Considerando que a pena foi fixada em 2 anos e 6 meses de reclusão, pela primariedade do acusado e a análise favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal, mas, por outro lado, tendo em vista a não aplicação da minorante no patamar máximo de 2/3, em razão da quantidade da droga apreendida, deve ser fixado o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal.**

- Quanto à substituição, verifica-se que as circunstâncias do caso concreto não recomendam, tendo em vista a diversidade e natureza das drogas apreendidas - crack e cocaína.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto (HC 330.001/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 19/04/2016).

Por fim, no tocante ao alegado direito à detração, como bem apontado pela Corte estadual, não há nos autos documentação que comprove o tempo em que o paciente permaneceu cautelarmente preso. Dessa forma, caberá ao Juízo das Execuções examinar se o tempo de prisão cautelar do paciente autoriza a fixação de regime mais brando. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DO STJ. NÃO APLICAÇÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA A FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. ENUNCIADOS N. 440 DA SÚMULA DO STJ E N. 718 E 719 DA SÚMULA DO STF. DETRAÇÃO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PARA APLICAR. PLEITO CUJA ANÁLISE CABERÁ AO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAIAS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- Nos termos do disposto no enunciado n. 443 da Súmula desta Corte, "o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes".

- Na hipótese, o aumento da pena em fração superior ao mínimo, em razão da incidência de duas majorantes, decorreu de peculiaridades concretas do crime - três agentes envolvidos na empreitada criminoso, com emprego de arma de fogo. Em tais condições, fica afastada a aplicação do enunciado n. 443 da Súmula desta Corte.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Segundo o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, "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".

- No caso, fixada a pena-base no mínimo legal, a determinação de regime inicial mais gravoso não está lastreada em fundamentação idônea, a atrair ao caso a incidência dos referidos enunciados de Súmula e a aplicação do disposto no art. 33, § 2º, b, do Código Penal.

- Quanto ao pleito de aplicação da detração, verifica-se que não há, nos autos, elementos suficientes à aplicação do disposto no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal por esta Corte, nesta oportunidade, tendo em vista a ausência de documentação que comprove o período no qual o paciente permaneceu custodiado preventivamente.

Diante disso, caberá ao Juízo das Execuções examinar se o tempo de prisão cautelar do paciente autoriza a fixação de regime mais brando.

- Habeas corpus não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto e determinar que o Juízo das Execuções considere a possibilidade da detração (HC 353.670/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 13/6/2016)

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto, bem como determinar que o Juízo das Execuções considere a possibilidade da detração.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0003186-9

HC 384.990 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00014546520148260635 0682015 14546520148260635 20160000239987 682015

EM MESA

JULGADO: 22/08/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: VANESSA ALVES VIEIRA - SP308041
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: LUCAS APARECIDO DA SILVA ANTONIO (PRESO)

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.