



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 357.909 - RS (2016/0142983-9)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : LUIZ PAULO DO AMARAL CARDOSO
ADVOGADO : LUIZ PAULO DO AMARAL CARDOSO - RS067819
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : HERBIE MARTINS

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APONTADAS ILEGALIDADES NA DOSIMETRIA DA PENA. TEMAS NÃO DEBATIDOS NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME PRISIONAL FECHADO. HEDIONDEZ DO DELITO. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. PACIENTE PRIMÁRIA, COM CIRCUNSTÂNCIAS SUBJETIVAS FAVORÁVEIS, CONDENADA A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUPERIOR A 4 E QUE NÃO EXCEDE 8 ANOS DE RECLUSÃO. QUANTIDADE DE ENTORPECENTES QUE NÃO JUSTIFICA O ESTABELECIMENTO DO REGIME MAIS GRAVOSO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. SUBSTITUIÇÃO. INVIABILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.
2. As teses relacionadas à dosimetria da pena não foram objeto de debate na origem, o que obsta a respectiva apreciação por esta Corte, sob pena de supressão de instância.
3. 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.
4. Hipótese em que as instâncias ordinárias referiram-se apenas à natureza hedionda do crime de tráfico de drogas para fixar o regime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inicial fechado. Assim, tratando-se de paciente primária, condenada a pena superior a 4 e não excedente a 8 anos de reclusão, com circunstâncias subjetivas favoráveis e sendo pouca a quantidade de entorpecentes apreendidos – 29 pedras de crack, com peso de 2,9 g –, faz jus ao regime semiaberto, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º, b, e 3º, do Código Penal.

5. Mantida a condenação em patamar superior a 4 anos de reclusão, a paciente não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto, confirmando a liminar anteriormente deferida.

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), 27 de setembro de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 357.909 - RS (2016/0142983-9)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : LUIZ PAULO DO AMARAL CARDOSO
ADVOGADO : LUIZ PAULO DO AMARAL CARDOSO - RS067819
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : HERBIE MARTINS

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de HERBIE MARTINS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Apelação n. 70049948730).

Consta dos autos que a paciente foi condenada, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, incidente a minorante prevista no § 4º do mesmo artigo (e-STJ fls. 22/25).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, oportunidade em que sustentou preliminar de nulidade do processo por deficiência na defesa e, no mérito, postulou a absolvição da paciente por ausência de provas para a condenação ou a desclassificação do delito para uso de substância entorpecente. Entretanto, a Corte local negou provimento ao recurso (e-STJ fls. 27/32), em acórdão assim ementado:

TRÁFICO DE ENTORPECENTE. PROVA. TESTEMUNHO DO POLICIAL. VALIDADE. CONDENAÇÃO MANTIDA.

Como reiteradamente tem-se decidido, o depoimento do policial é válido e eficiente para estear veredicto condenatório. Afinal, em tese, trata-se de pessoas idôneas, cujas declarações retratam a verdade. Não há porque, antecipadamente, vedá-las, pois as hipóteses de impedimento ou suspeição estão elencadas na lei processual de forma taxativa. Cumpre a Defesa provar com segurança que tais depoimentos são viciados e fruto de sentimento escuso para prejudicar o réu. Isto não aconteceu no caso em julgamento. As palavras dos policiais não deixaram dúvidas sobre a posse do entorpecente com a pessoa da recorrente e que, pelas circunstâncias apuradas na prova, ele era destinado ao comércio.

DECISÃO: Apelo defensivo desprovido. Unânime.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 1/16), o impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal à paciente, pois manteve sentença que: *a)* exasperou a pena-base sem fundamentação idônea; *b)* aplicou o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 na fração mínima sem nenhuma motivação; *c)* fixou o regime inicial fechado com base no inconstitucional preceito do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, embora a primariedade da paciente e o *quantum* da condenação permita o estabelecimento do regime semiaberto. Em consequência do pleiteado redimensionamento da pena, também defende cabível o regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ao final, liminarmente e no mérito, pediu o redimensionamento da pena da paciente, mediante redução da pena-base ao mínimo legal e aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343 em seu patamar máximo, além da alteração do regime prisional para aberto ou semiaberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Por meio da decisão de e-STJ fls. 52/55, a petição inicial do presente *habeas corpus* foi liminarmente indeferida, com base no art. 210 do Regimento Interno do STJ, tendo em vista que as razões da impetração e respectivos pedidos não foram objeto de debate pela Corte local no acórdão impugnado.

Contra referida decisão, a paciente interpôs agravo regimental (e-STJ fls. 62/64) e, por meio da petição de e-STJ fls. 66/77, juntou aos autos superveniente acórdão prolatado pela Corte de origem, em sede de *habeas corpus* (HC 0179596-75.2016.8.21.7000), no qual foi apontada ilegalidade no estabelecimento do regime inicial fechado pelo Juízo sentenciante. Entretanto, a Corte local manteve o regime prisional (e-STJ fls. 73/77), em acórdão assim ementado:

HABEAS CORPUS. NÃO CONHECIMENTO.

Não se conhece do habeas corpus, porque a Câmara é incompetente para fazê-lo. Como lançado na petição inicial, este Colegiado foi quem confirmou a decisão de Primeiro Grau, considerando, deste modo, a constitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei 8072 e a manutenção do regime prisional fechado. Assim, nos termos do artigo 105, I, c, da Constituição Federal, é da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

competência do Superior Tribunal de Justiça julgar habeas corpus que tem como autoridade coatora Câmara Criminal ou Desembargador de Tribunal de Justiça Estadual.

DECISÃO: Habeas corpus não conhecido, por maioria.

Apreciado o regime prisional em superveniente acórdão proferido na origem, em virtude dos postulados da economia processual, ampla defesa e máxima efetividade do processo, a decisão agravada foi reconsiderada. Em tal oportunidade, o pedido liminar foi deferido, em parte, para assegurar "à paciente o direito de aguardar, no regime semiaberto, o julgamento do presente *habeas corpus*, salvo se por outro motivo estiver presa ou cumprindo pena em regime mais gravoso" (e-STJ fls. 79/84).

As informações foram prestadas às e-STJ fls. 109/140.

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls. 144/150, opinou pelo parcial conhecimento do writ e, nessa extensão, pela concessão da ordem para que seja fixado o regime inicial semiaberto, cuja ementa segue transcrita:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º DA LEI Nº 11.343/06 EM SEU GRAU MÁXIMO. DOSIMETRIA DA PENA-BASE. QUESTÕES NÃO SUSCITADAS PERANTE AS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRECEDENTE. PRETENSÃO DE CUMPRIMENTO DA PENA NO REGIME INICIAL SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. RÉ CONDENADA A 5 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO DO ART. 44, I DO CÓDIGO PENAL. PARECER PELO CONHECIMENTO PARCIAL DO "WRIT" E, NESSA EXTENSÃO, PELA CONCESSÃO DA ORDEM PARA QUE SEJA FIXADO O REGIME INICIAL SEMIABERTO.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 357.909 - RS (2016/0142983-9)

VOTO

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

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

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

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

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

[...] Habeas corpus não conhecido. (HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...]. (STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

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

Busca-se, em síntese, o reconhecimento de constrangimento ilegal na exasperação da pena-base, na aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 em patamar mínimo, no estabelecimento do regime inicial fechado e na negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Em relação à apontada ilegalidade na exasperação da pena-base e fração de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, verifico que os temas não foram objeto de debate na origem, seja no julgamento do recurso de apelação que instruiu a petição inicial, seja na superveniente apreciação do *habeas corpus* impetrado na origem em favor da ora paciente, o que obsta a respectiva apreciação por esta Corte, sob pena de supressão de instância. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONDENAÇÃO. PROVAS INQUISITORIAIS. EXCLUSIVIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 155 DO CPP. PROVAS JUDICIAIS SUBMETIDAS AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. PENA-BASE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Não se admite, no ordenamento jurídico pátrio, a prolação de um decreto condenatório fundamentado exclusivamente em elementos informativos colhidos durante o inquérito policial, no qual inexistente o devido processo legal (com seus consectários do contraditório e da ampla defesa). O juiz pode deles se utilizar para reforçar seu convencimento, desde que corroborados por provas produzidas durante a instrução processual ou desde que essas provas sejam repetidas em juízo.

2. O Juiz sentenciante confrontou elementos obtidos na fase extrajudicial com as demais provas colhidas judicialmente, submetidas, portanto, ao crivo do contraditório, de modo que não há como se proclamar a nulidade da sentença condenatória ou a absolvição do paciente. 3. Havendo as instâncias ordinárias considerado que as provas amealhadas eram suficientes a demonstrar que o paciente cometeu o delito a ele imputado, eventual pretensão absolutória enseja a necessidade de dilação probatória incompatível com a via escolhida.

4. As supostas irregularidades perpetradas na pena-base não foram objeto de exame pelo Tribunal a quo, circunstância que impede o conhecimento delas por esta Corte, sob pena de vedada supressão de instância.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 258.786/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe 29/8/2016).

[...] ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ARTIGO 157, § 2º, INCISOS I E II DO CÓDIGO PENAL). DOSIMETRIA. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. DUAS MAJORANTES. SUPOSTA ILEGALIDADE NO ACRÉSCIMO DA REPRIMENDA. QUESTÃO NÃO DISCUTIDA NO ARESTO COMBATIDO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

Não há como se conhecer do mandamus no ponto em que pretende a alteração do patamar utilizado para exasperar a pena na terceira fase da dosimetria, visto que a questão não foi objeto de exame



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pelo Tribunal apontado como coator, sob pena de indevida supressão de instância.

[...]

3. *Habeas corpus não conhecido* (HC 356.602/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 22/6/2016).

No que toca ao regime prisional, embora o tema não tenha sido suscitado no recurso de apelação, tampouco debatido no julgamento desse recurso, a Corte de origem foi demandada a enfrentá-lo em sede de *habeas corpus* (e-STJ fls. 73/77), razão pela qual passo à respectiva análise.

O Juízo sentenciante fixou o regime inicial fechado pelo seguinte fundamento (e-STJ fl. 25):

Deverá a ré cumprir a pena inicialmente em regime fechado, respeitando-se os termos da nova redação do art. 2º, §§ 1º, 2º e 3º, da Lei 8.072/1990.

O Tribunal *a quo*, em sede mandamental, manteve o regime prisional fixado na sentença, conforme segue (e-STJ fl. 74):

Não conheço do habeas corpus, porque a Câmara é incompetente para fazê-lo.

Como lançado na petição inicial, este Colegiado foi quem confirmou a decisão de Primeiro Grau, considerando, deste modo, a constitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei 8072 e a manutenção do regime prisional fechado.

Assim, nos termos do artigo 105, I, c, da Constituição Federal, é da competência do Superior Tribunal de Justiça julgar habeas corpus que tem como autoridade coatora Câmara Criminal ou Desembargador de Tribunal de Justiça Estadual.

3. *Assim, nos termos supra, não conheço do habeas corpus.*

Dessa forma, embora a matéria não tenha sido analisada no julgamento do recurso de apelação, houve efetivo pronunciamento da Corte de origem acerca da "constitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei 8.072", mantendo o regime prisional fechado.

Entretanto, como é cediço, em se tratando de tráfico de entorpecentes,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desde o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n. 111.840/ES, inexistente 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.

Esse entendimento também é adotado por ambas as Turmas da Terceira Seção desta Corte, conforme segue:

CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (LEI N. 11.343/2006, ART. 33). APREENSÃO DE 4,37G DE COCAÍNA E 2,54G DE CRACK. PENA FIXADA EM 1 (UM) ANO E 8 (OITO) MESES DE RECLUSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DE IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO (STF, HC N. 111.840). ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

02. Para o Supremo Tribunal Federal, "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" (HC n. 111.840/ES, Rel. Ministro Dias Toffoli). À luz dessas premissas, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (HC n. 97.256/RS, Rel. Ministro Ayres Brito) e do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (HC n. 111.840/ES, Rel. Ministro Dias Toffoli). Consequentemente, se satisfeitos os pressupostos legais, aos réus condenados por crime de tráfico de drogas não podem ser negados o regime prisional aberto ou semiaberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (HC n. 306.980/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 18/11/2014; HC 297.688/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 11/11/2014).

03. No crime de tráfico de drogas, sendo o réu primário e a pena privativa de liberdade aplicada inferior a 4 (quatro) anos, pode cumpri-la em regime aberto ou tê-la substituída por restritiva de direito, desde que as circunstâncias judiciais lhe sejam favoráveis e insignificante a quantidade de drogas apreendidas [4,34g de cocaína e 2,4g de crack] (Lei n. 11.343/2006, art. 42; STJ, AgRg no AREsp 202.564/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 10/02/2015; AgRg no REsp 1.462.967/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 05/02/2015; HC



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

294.400/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 28/04/2015; AgRg no AREsp 601.000/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 25/11/2014).

04. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para: a) estabelecer o regime aberto para cumprimento inicial da pena; b) substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, observadas as condições que deverão ser estabelecidas pelo Juízo da execução. (HC 321.664/SP, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO, Quinta Turma, DJe 3/8/2015).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, INCISO VI, DA LEI N.º 11.343/06. AFASTAMENTO. ASPECTOS OBJETIVOS. CONSIDERAÇÕES OUTRAS. INCURSÃO NA SEARA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

3. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

[...]

6. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 322.546/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 3/8/2015).

Assim, na espécie, o regime inicial fechado, mais severo do que a pena de 5 anos comporta, foi fixado e mantido sem fundamentação idônea, afrontando o disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

Em consequência, tratando-se de ré primária, condenada a pena superior a 4 e não excedente a 8 anos de reclusão, com circunstâncias subjetivas favoráveis e sendo pouca



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantidade de entorpecentes apreendidos – 29 pedras de crack, com peso de 2,9 g –, faz jus ao regime semiaberto, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º, *b*, e 3º, do Código Penal.

Por fim, mantida a condenação em patamar superior a 4 anos de reclusão, a paciente não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem**, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto, confirmando a liminar anteriormente deferida.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0142983-9

HC 357.909 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00042207420118210073 07321100015840 42207420118210073 6792011152541
70049948730 7321100015840

EM MESA

JULGADO: 27/09/2016

Relator

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

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 : LUIZ PAULO DO AMARAL CARDOSO
ADVOGADO : LUIZ PAULO DO AMARAL CARDOSO - RS067819
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : HERBIE MARTINS

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