



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 382.413 - SP (2016/0326893-9)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FABIANA CAMARGO MIRANDA GUERRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROBERTO DUBIEL BORGES

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PRIMARIEDADE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PENA TOTAL INFERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA E HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. POSSIBILIDADE. ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. 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 e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. 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 § 1.º do art. 2.º 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.

3. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal – CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo, de acordo com o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, bem como os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

4. Em razão da primariedade do paciente, do *quantum* de pena aplicado – 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão – (art. 33, § 2º, "c", do CP), da inexistência de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP c.c. o art. 42 da Lei n. 11.343/06), bem como da fixação da pena-base no mínimo legal, o regime a ser imposto deve ser o aberto. Precedentes.

5. Noutro ponto, com relação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, observo que o acórdão recorrido também comporta reparos.

O col. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 97.256/RS declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. Com efeito, desde que preenchidos os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, os condenados por tráfico de drogas podem se beneficiar da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, confirmando a liminar, fixar o regime inicial aberto para o cumprimento da pena e determinar ao Juízo das Execuções Criminais que aprecie, como entender de direito, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal.

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), 25 de abril de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 382.413 - SP (2016/0326893-9)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FABIANA CAMARGO MIRANDA GUERRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROBERTO DUBIEL BORGES

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de ROBERTO DUBIEL BORGES, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0090219-84.2015.8.26.0050).

O paciente foi condenado por ter praticado o delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 (tráfico de entorpecentes), à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, regime inicialmente fechado.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual negou provimento ao recurso em acórdão juntado às fls. 21/25.

No presente *writ*, sustenta que a gravidade abstrata do delito não pode ser utilizada para fundamentar imposição de regime mais gravoso. Alega que a obrigatoriedade de fixação de regime fechado, bem como a vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos estão pautados em dispositivos julgados inconstitucionais pela Suprema Corte e afastados pela Resolução de n. 5 do Senado Federal.

Afirma que o paciente preenche os requisitos previstos no art. 33, § 2º, "c", § 3º, e no art. 44, ambos do Código Penal, para a fixação do regime inicial aberto e substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Invoca os enunciados das Súmulas 440 do Superior Tribunal de Justiça e Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

Requer, assim, a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi deferido [...] para assegurar à paciente que aguarde em regime semiaberto o julgamento definitivo do presente *mandamus* (fls. 28/30).

Informações prestadas (fls. 48/54).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *mandamus*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e pela concessão da ordem de ofício (fls. 40/44).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 382.413 - SP (2016/0326893-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. 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 do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O Juízo de primeiro grau aplicou a pena e fixou o regime prisional, sob a seguinte fundamentação:

Passo, então, à fixação da pena que será aplicada: Na fase do artigo 42 da Lei nº 11.343/06, não observo razão que justifique a majoração da pena base, fixada em cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa. Entendo aplicável a regra do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 à hipótese dos autos, motivo pelo qual reduzo a pena, considerando a quantidade e variedade de entorpecentes apreendida, para um ano e oito meses de reclusão e cento e sessenta e seis dias-multa, tomando-a definitiva ante a inexistência de qualquer fator que enseje sua alteração. Dada a natureza do delito, equiparado a crime hediondo, considero que o único regime adequado ao início do cumprimento da pena é o fechado, incabível qualquer benefício, pois me parece que a fixação de regime diverso ou a substituição por restrição de direitos não é suficiente para sancionar adequadamente quem pratica delito de tamanha gravidade, com intensa repercussão social. (fl. 19).

O Tribunal de Justiça estadual manteve a pena aplicada e o regime prisional fixado na sentença, sob os seguintes fundamentos, *verbis*:

As penas foram dosadas com critério, aplicadas no mínimo legal e o redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06, em fração máxima, não merecendo qualquer reparo.

Quanto ao pedido de substituição da pena corporal por restritiva de direitos, tem-se que, muito embora, em tese, possível, esta Câmara tem como regra a incompatibilidade da benesse ao condenado por crime hediondo, ainda que por equiparação, não em função de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impeditivo legal, mas pela periculosidade social presumida, incompatibilizando o autor do crime com atividades comunitárias ou assistenciais, na medida em que o recoloca em contato direto com grupo suscetível ao seu assédio.

No caso concreto, observe-se, ainda, a natureza de parte da droga apreendida (cocaína), em quantidade razoável, a denotar contornos de maior gravidade ao tráfico de drogas. De fato, a cocaína é uma das drogas de maior nocividade à saúde, trazendo, sem dúvida, consequências devastadoras.

Trata-se de contexto que retrata a personalidade do apelante, e inclusive de desprezo pela vida alheia e pela sociedade, pois se envolveu na prática de delito que fomenta a multiplicação da delinquência, uma vez que, não raro, usuários e/ou dependentes químicos recorrem ao submundo do crime para angariar recursos para sustento do vício, ou para conseguir dinheiro.

Ora, o artigo 44 do Código Penal, em seu inciso III, expõe elementos a serem considerados quando da substituição da pena corporal por restritiva de direitos, consignando ao final a necessidade de que a substituição seja 'suficiente', o que não se vislumbra, repita-se, neste feito.

Desde já, ressalte-se que não se trata de decisão contrária à do Supremo Tribunal Federal, mas sim de resultado da análise acerca do cabimento ou não da substituição prevista no citado artigo 44, a qual, no caso em comento, é incompatível, pelos motivos expostos.

O mesmo se diga quanto ao regime prisional, que não pode ser outro que não o fechado, seja por aplicação do § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/90, com alteração dada pela Lei n. 11.464/07, seja por incompatibilidade da benesse ao condenado por crime hediondo, ainda que por equiparação, pela periculosidade social presumida, tudo a exigir a imposição de regime mais rigoroso para o início de cumprimento da reprimenda.

[...] (fls. 23/25).

Da análise dos trechos acima transcritos, verifico que a imposição do regime fechado está lastreada exclusivamente na hediondez e na gravidade abstrata do crime, o que vai de encontro com a jurisprudência desta Corte.

Sobre o tema, 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, nesses casos, deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do CP.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por outro lado, firmou-se neste Tribunal a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do CP ou em outra situação que demonstre efetivamente um plus na gravidade do delito. Nesse sentido, foi elaborado o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, bem como os enunciados n.718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. Confira-se:

Súmula 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."

Súmula 718/STF: "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."

Súmula 719/STF: "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."

No presente caso, a análise dos trechos das decisões acima transcritos e o exame dos autos revelam que após fixar a pena-base no mínimo legal, por considerar favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, as instâncias ordinárias deixaram de consignar em que medida a ação delitiva do paciente teria transbordado para um comportamento mais grave, ensejando, assim, a necessidade de fixação de regime mais gravoso que o previsto no art. 33, § 2º, "c", do CP.

Dessarte, seguindo o entendimento firmado por este Tribunal, a mera referência genérica, pelas instâncias ordinárias, à gravidade abstrata do delito, não constitui motivação suficiente, por si só, para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso, porquanto refere-se à situação já prevista no próprio tipo penal.

Outrossim, reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade do réu, a quem foi imposta reprimenda definitiva inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, cabível a imposição do regime aberto para iniciar o cumprimento da sanção corporal, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes:

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO
EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO
MINISTERIAL DE QUE AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONCRETO IMPEDIRIAM A FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PRIMARIEDADE E QUANTUM DE PENA ESTABELECIDO INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. REGIME ABERTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - Na hipótese, consideradas favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, sendo primário o recorrente e o quantum de pena estabelecido não excede 4 (quatro) anos, não há razão para que não se conceda ao recorrente o regime aberto para início de cumprimento de pena, ex vi do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Código Penal.

II - Ademais, não é idônea a utilização da quantidade de droga exclusivamente no momento de fixação do regime prisional, sem que tal circunstância tenha sido utilizada na primeira ou na terceira fases da dosimetria da pena Agravo regimental desprovido (AgRg no RHC 62.627/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 15/04/2016).

RECURSO EM HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ARTIGO 157, § 2º, INCISOS I E II DO CÓDIGO PENAL). REGIME INICIAL FECHADO DETERMINADO COM BASE NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. ELEMENTOS PRÓPRIOS DO TIPO PENAL VIOLADO. DESCABIMENTO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ART. 33, §§ 2º E 3º, DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS 440 DESTES STJ E 718 E 719 DA SUPREMA CORTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ALTERAÇÃO PARA O MODO SEMIABERTO. RECLAMO PROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que, fixada a pena-base no mínimo legal e sendo o acusado primário e sem antecedentes criminais, não se justifica a fixação do regime prisional mais gravoso (Súmula 440/STJ).

2. A Suprema Corte, nos verbetes 718 e 719, sumulou o entendimento de que a opinião do julgador acerca da gravidade abstrata do delito não constitui motivação idônea a embasar o encarceramento mais severo do sentenciado.

3. Recurso provido a fim de alterar o regime inicial para o semiaberto (RHC 66.895/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 28/03/2016).

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE ROUBO. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. SÚMULA 440/STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Os fundamentos genéricos utilizados na sentença não constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), contrariando a Súmula 440 deste Superior Tribunal.

3. Hipótese na qual o réu é primário e a pena-base corresponde ao mínimo legal, porquanto favoráveis as circunstâncias judiciais, sendo a pena definitiva inferior a 4 (quatro) de reclusão. A teor do art. 33, §§ 2º, alínea "c", e 3º, c/c o art. 59, ambos do CP, não se afigura idônea a justificativa apresentada para afastar a aplicação ao caso concreto do regime aberto para cumprimento inicial da pena privativa de liberdade.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de estabelecer o regime prisional aberto para o desconto da sanção corporal imposta ao paciente, salvo se por outro motivo estiver descontando pena em regime mais severo (HC 343.034/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 10/03/2016).

Quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o col. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 97.256/RS declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. Com efeito, desde que preenchidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, os condenados por tráfico de drogas podem se beneficiar da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Esse tem sido o entendimento da Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. VALORAÇÃO NEGATIVA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. CRITÉRIO SUFICIENTE PARA FIXAR REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO E NEGAR A SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PACIENTE PRIMÁRIO, CONDENADO À PENA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INTERMEDIÁRIO. ADEQUAÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. 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.

3. A partir do julgamento do HC 97.256/RS pelo STF,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, o benefício da substituição da pena passou a ser concedido aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto (HC 337.625/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 13/04/2016).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE 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.

VI - O Pretório Excelso, nos termos da r. decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do HC n. 97.256/RS, ao considerar inconstitucional a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, contida no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06 - cuja execução foi suspensa pelo Senado Federal (Resolução n. 5 de 16/2/2012) -,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

permitiu a concessão da benesse legal aos condenados pelo crime de tráfico de drogas desde que preenchidos requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

VII - Na espécie, a redutora de tráfico eventual não foi aplicada no patamar máximo em razão da existência de circunstância judicial desfavorável, no caso, a quantidade e variedade das drogas que, a teor do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, deve inclusive preponderar sobre as demais

circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. Dessa forma, o paciente não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, a teor do disposto no art. 44, inciso III, do CP.

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).

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do *habeas corpus* e pela concessão da ordem, de ofício, para confirmar a liminar e fixar o regime inicial aberto para o cumprimento da pena e determinar ao Juízo das Execuções Criminais que aprecie, como entender de direito, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0326893-9

HC 382.413 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00902198420158260050 20160000766690 20632015 902198420158260050

EM MESA

JULGADO: 25/04/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: FABIANA CAMARGO MIRANDA GUERRA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ROBERTO DUBIEL BORGES

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.