



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 368.329 - SP (2016/0219783-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUCIANA ANGELO ALMEIDA SANTOS - SP249568
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MAICON JARDIM PEREIRA ROCHA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME PRISIONAL FECHADO. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS E PRIMARIEDADE QUE ENSEJAM O REGIME INICIAL SEMIABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

- Esta Corte Superior tem decidido que a quantidade, a variedade e a nocividade da droga, bem como as circunstâncias nas quais foi apreendida, são elementos que evidenciam a dedicação do réu à atividade criminosa e, em decorrência, podem embasar o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- Hipótese em que não foi reconhecida a figura do tráfico privilegiado com base na quantidade, variedade e nocividade das drogas apreendidas (129 porções de cocaína, pesando 104,4 gramas; 58 porções de maconha, totalizando 150,9 gramas; e 5 comprimidos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de ecstasy, pesando 1,3 gramas), na ausência de comprovação de ocupação lícita e nas circunstâncias em que o delito ocorreu, as quais indicam que o paciente dedica-se às atividades criminosas. Modificar tal conclusão requer o revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do *habeas corpus*. 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 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 de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena comporta 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.

- No caso, considerando a pena de 5 anos de reclusão, a primariedade do paciente e o fato de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal, ante a valoração favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal, deve ser estabelecido o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do CP.

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para modificar o regime de cumprimento da pena para o semiaberto.

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), 25 de outubro de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 368.329 - SP (2016/0219783-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUCIANA ANGELO ALMEIDA SANTOS - SP249568
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MAICON JARDIM PEREIRA ROCHA

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de MAICON JARDIM PEREIRA ROCHA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0001653-53.2015.8.26.0635).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, 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 (fls. 20/28).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, ao qual a Corte de origem negou provimento (fls. 32/44), em acórdão assim ementado:

APELAÇÃO TRÁFICO DE DROGAS - Apreensão de 104,4g de cocaína distribuídos em 129 porções, 150,9g de maconha divididos em 58 invólucros e 1,3g de metanfetamina mantidos em 05 comprimidos - Materialidade e autoria comprovadas - Confissão do apelante em consonância com os relatos seguros e coesos dos policiais militares - Condenação - Hipótese - Pena-base fixada no mínimo legal, não obstante a quantidade, variedade e nocividade dos tóxicos exigindo incremento do “castigo”, nos moldes do artigo 42 da Lei nº. 11.343/06 - Impossibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Tóxico - Substituição da corporal obstaculizada pelo montante da reprimenda, intensidade do dolo e gravidade do delito - Regime prisional fechado único cabível diante do crime de natureza hedionda, nos termos da Lei nº. 8.072/90, a par da circunstância adversa também colidente com retiro menos severo - Recurso improvido.

No presente *mandamus* (fls. 1/15), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois manteve sentença que: **a)** não aplicou o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, embora preenchidos os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

requisitos legais para a sua incidência; e **b)** manteve o regime inicial fechado sem fundamentação suficiente. Em razão do redimensionamento da pena, defende ser cabível o estabelecimento do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Ao final, formula pedido liminar para que o paciente seja colocado em regime aberto e, no mérito, pede a concessão da ordem para que seja reconhecida a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 em seu patamar máximo, redimensionando-se a pena do paciente, além da fixação do regime prisional aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Pedido liminar indeferido (fls. 49/51).

Informações prestadas às fls. 61/96, 99/136 e 138/154.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pelo não conhecimento do *writ* (fls. 158/165).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 368.329 - SP (2016/0219783-0)

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.

Cumpra 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 do 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 o redimensionamento da pena do paciente, mediante aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 na fração máxima, além da fixação de regime prisional mais brando e da substituição da pena, nos termos do art. 44 do Código Penal.

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por outro lado, sabe-se que esta Corte tem decidido que a quantidade, a variedade e a nocividade da droga, bem como as circunstâncias nas quais foi apreendida, são elementos que evidenciam a dedicação do réu à atividade criminosa e, em decorrência, podem embasar o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

No caso, o sentenciante, após as considerações acerca da materialidade e autoria do delito de tráfico de entorpecentes, fixou a pena-base no mínimo legal de 5 anos de reclusão. Na segunda fase, reconhecidas a menoridade e a confissão, a sanção não foi alterada, ante o óbice da Súmula n. 231/STJ. Por fim, na etapa derradeira, não foi reconhecida a figura do tráfico privilegiado com lastro na seguinte fundamentação (fls. 26/27):

Não aplico a redução prevista no artigo 33 parágrafo 4º- da Lei de Drogas porque surpreendido o réu em local incompatível com a inserção do traficante casual.

Pontos de tráfico de droga são contabilizados pelas facções do crime e disputados por meio de execuções sumárias.

Quem lá está em exercício da traficância percorre o caminho da confiança necessária a seus pares e, por isso, ao largo da condição de traficante casual e inexperiente.

A Corte de origem, por sua vez, ao julgar o apelo defensivo, manteve a não aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, tendo o voto condutor do acórdão recorrido consignado que (fls. 40/41):

Incogitável a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n.º. 11.343/06, isso porque, como antes se anotou, não comprovou o apelante exercer função lícita, servindo a circunstância para indicar ser a mercancia espúria a "profissão" ou meio de vida dele, daí a dedicação a atividade criminosa incondizente com a benesse.

(...)

A propósito, cabe registrar que, como destacou testemunha Fábio Nunes dos Santos, MAICON praticava o comércio ilícito havia pelo menos um mês (fls. 07 e 73), detalhe apto a indicar a habitualidade ou dedicação persistente à atividade ilícita.

Acresça-se que a variedade de drogas apreendidas também denota estreito vínculo com organização criminosa (somente pessoa profundamente enfronhada com o "mundo do crime" pode obter



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tamanho volume de tóxicos capaz de abastecer grande número de usuários), a par de a circunstância evidenciar dolo exacerbado igualmente colidente com o privilégio (STF, RHC 94.806/PR; STJ, HC 105.216/SP e HC 141.921 /SP; TJESP, Apelação Criminal nº. 0006187-64.2012.8.26.0176, Relator Desembargador PENTEADO NAVARRO).

Em situação semelhante, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que a quantidade e a nocividade dos entorpecentes apreendidos, bem como as circunstâncias em que foi o agente surpreendido, por si sós, indicam a maior periculosidade social da ação, outro obstáculo à incidência da minorante (HC nº 182.359/RJ, julgado 27-11-2012).

De pronto, vale destacar que o fato de o acusado não haver comprovado ocupação lícita à época do crime, por si só, não conduz à conclusão de que ele 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.

Contudo, a ausência de comprovação de ocupação lícita, quando aliada, como destacado pelo acórdão recorrido, à quantidade, variedade e nocividade da drogas apreendidas - 129 porções de cocaína, pesando 104,4 gramas; 58 porções de maconha, totalizando 150,9 gramas; e 5 comprimidos de ecstasy, pesando 1,3 gramas - e às circunstâncias em que o delito ocorreu, implicam, sem dúvida, o afastamento do redutor, pois evidenciam a dedicação às atividades criminosas.

Assim, tendo havido fundamentação concreta, pelo Tribunal local, para não aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, concluo que, para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que o paciente não se dedica às atividades criminosas, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução probatória, o que, como cediço, é vedado na via estreita do *habeas corpus*, de cognição sumária.

Nessa linha:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. DEDICAÇÃO DO RÉU À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME DE PROVAS. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. REGIME FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06 E ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL - CP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PATAMAR DA REPRIMENDA SUPERIOR A 4 ANOS. WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)

2. Os fundamentos utilizados pela Corte Estadual para não aplicar ao caso concreto da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa, evidenciada sobretudo pela quantidade e natureza da droga apreendida (81 porções de cocaína), está em consonância com o entendimento desta Corte.

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

(...)

Habeas corpus não conhecido. (HC 361.407/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 02/09/2016) - grifei.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS IDÔNEAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. MONTANTE DA PENA QUE NÃO ATENDE AO REQUISITO OBJETIVO PREVISTO NO INCISO I DO ART. 44 DO CP. REGIME INICIAL FECHADO. PRIMARIEDADE E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME SEMIABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

- Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

- Esta Corte Superior tem decidido que a quantidade, a variedade e a nocividade da droga, bem como as circunstâncias nas quais foi apreendida, são elementos que evidenciam a dedicação do réu à atividade criminosa e, em decorrência, podem embasar o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- Hipótese em que o Tribunal de origem conferiu legalidade à manutenção do não reconhecimento do privilégio, ao fundamentar que a quantidade, a variedade e a nocividade dos entorpecentes apreendidos (68 porções de cocaína, com peso líquido de 22,3 g e 21 porções de maconha, com peso líquido de 27,3 g), aliadas às circunstâncias em que o delito ocorreu, em conhecido ponto de tráfico, e o fato de o paciente contar com o registro de processos em curso, permitem concluir que o acusado dedica-se às atividades criminosas. Modificar tal conclusão requer o revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus. Precedentes.

(...)

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto. (HC 362.619/SP, deste Relator, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 23/09/2016) - grifei.

Uma vez inalterada a pena corporal, pois mantido o não reconhecimento do tráfico privilegiado, fica prejudicado o pleito de substituição da pena corporal, uma vez que o montante da pena não atende ao requisito objetivo do art. 44, I, do Código Penal.

Quanto ao regime prisional, 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.

O regime de cumprimento de pena mais gravoso até pode ser estabelecido, mas, para tanto, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 aplicada permitir exige motivação idônea.

No caso, o sentenciante estabeleceu o regime mais gravoso com lastro na seguinte fundamentação (fl. 27):

O regime inicial de cumprimento de pena é fechado, por imposição legal artigo 2º parágrafo 1º da Lei 8.072/90 , equiparando-se a traficância aos crimes hediondos.

Rigor que se mostra necessário às circunstâncias prisionais e sobre a personalidade do agente que elegeu a traficância em lugar da busca do trabalho honesto.

A traficância se faz a singular ocupação que se demonstra para o réu, inserindo-se com potencial para concretizar a silenciosa periculosidade que retira o direito de vida a usuários que não mais podem se determinar à ausência do uso das drogas.

O acórdão recorrido, por sua vez, manteve o regime mais gravoso, tendo o voto condutor assentado que (fls. 43/46):

De resto, o regime fechado para início de cumprimento da corporal é o único adequado ao tráfico, consoante a Lei nº. 8.072/90, já com a redação trazida pela Lei nº. 11.464/07, a par do quadro desfavorável destacado também obstaculizando retiro menos severo.

Solução mais branda ensejaria sentimento de impunidade e incentivaria a prática de crime que há muito atormenta a população, decorrendo o retiro pleno também da maior severidade decorrente de dispositivo constitucional (artigo 5º, XLIII).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Isso, destaque-se, não representa mera opinião do julgador a respeito da gravidade do crime; a providência decorre, sim, de fato concreto facilmente constatado através de circunstância negativa alhures consignada (posse de expressiva quantidade de drogas de acentuada nocividade à saúde pública), sem se ignorar o cometimento de infração penal de indiscutíveis gravidade e repercussão.

(...)

A providência é absolutamente necessária, porquanto o delito praticado traz marcante intranquilidade, denotando não ter o agente compromisso com regras de convivência social, deixando de merecer afago do Estado, pelo menos antes de se submeter ao regime imposto como forma de angariar confiança e, assim, ser colocado em contato com a mesma sociedade já severamente prejudicada.

(...)

Por fim, cabe destacar que, através de recentíssima decisão, anotou o Superior Tribunal de Justiça que a imposição do regime fechado diante do tráfico também se justifica em face da "natureza altamente nociva de parte das substâncias entorpecentes negociadas - cocaína, substância causadora de efeitos extremamente deletérios (art. 42 da Lei nº 11.343/06)" (HC 33S.839/SP, Rei. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2016, DJe 19/02/2016).

Depreende-se, no caso, que, apesar de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal e o montante da sanção definitiva (5 anos de reclusão) comportar o regime inicial semiaberto, o sentenciante estabeleceu o regime mais gravoso com lastro apenas na hediondez e na gravidade abstrata do delito, argumentos inidôneos para tal fim, pois vai de encontro à jurisprudência consolidada desta Corte.

Por outro lado, o acórdão recorrido, apesar de também ter feito referência à hediondez e à gravidade abstrata do crime, conferiu legalidade ao regime mais gravoso ao fundamentar sua necessidade com lastro na quantidade, nocividade e variedade das drogas apreendidas, inexistindo, a princípio, ilegalidade a ser sanada.

Contudo, embora presentes nocividade e variedade, a quantidade das drogas apreendidas não justifica a fixação do regime inicial fechado. Assim, considerando a primariedade do paciente e o montante da pena aplicada, cabível, na espécie, o regime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.

A propósito:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICAVA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

(...)

5. Fixada a pena-base no mínimo legal, ante a ausência de motivos para a sua exasperação, sendo a reprimenda final de 5 anos de reclusão, é possível a imposição do regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea b, e § 3º, do Código Penal.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda imposta ao paciente nos autos da Ação Penal n.º 0000182-94.2014.8.21.0111. (HC 353.792/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/06/2016, DJe 14/06/2016) - grifei.

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTOS VÁLIDOS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.340/2006. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. RÉU PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. QUANTIDADE DE DROGA NÃO SIGNIFICATIVA PARA FINS DE IMPOSIÇÃO DO REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

6. Na definição do regime prisional aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, o julgador deve observar os critérios



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estabelecidos nos arts. 33 do CP e 42 da Lei n. 11.343/2006.

7. Fixada a pena do paciente em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, reconhecida sua primariedade e sendo favorável a análise das circunstâncias judiciais, o regime semiaberto é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, § 2º, "d", do CP, sobretudo considerando-se que a quantidade de droga apreendida (70,1g de cocaína e 2,2g de maconha) não é tão elevada a ponto de justificar o regime prisional mais gravoso.

(...)

9. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena privativa de liberdade. (HC 312.885/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 10/05/2016, DJe 18/05/2016) - grifei.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem *ex officio*, apenas para modificar o regime inicial de cumprimento da pena para o semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0219783-0

HC 368.329 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00016535320158260635 16535320158260635 20160000441226 4242015

EM MESA

JULGADO: 25/10/2016

Relator

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

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	: LUCIANA ANGELO ALMEIDA SANTOS - SP249568
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: MAICON JARDIM PEREIRA ROCHA
CORRÉU	: WILLIMS JOSÉ FERRAZ DE SOUZA

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.