



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 378.574 - RS (2016/0297922-5)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : PAULO MOISES REIS BRANDÃO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE RESPONDE A OUTRAS AÇÕES PENAIS. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL FECHADO. QUANTIDADE NÃO ELEVADA DE DROGA. MODO SEMIABERTO. ADEQUADO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. 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 conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.
2. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.
3. A existência de outros processos criminais, pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), podem afastar a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando permitem concluir que o agente é habitual na prática delitiva. Precedentes.
4. Hipótese em que a instância antecedente negou, motivadamente, a aplicação do redutor, diante da comprovada habitualidade delitiva do paciente, evidenciada no fato de que responde a outras ações penais por crimes de roubo e extorsão.
5. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve expor motivadamente sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo crime de tráfico de drogas, às do art. 42 da Lei de Drogas.
6. Embora a natureza e a quantidade das substâncias entorpecentes sejam argumentos idôneos para se estabelecer o regime mais grave, *in casu*, o inicial fechado, como imposto pelo Tribunal de origem, se mostra desarrazoado, considerando-se as demais circunstâncias favoráveis ao paciente e não ser elevada a quantidade de droga apreendida (38 g de cocaína).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. Fixada a pena em 5 anos de reclusão, verificada a primariedade do paciente e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime semiaberto é o cabível para prevenção e reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal (Precedentes).

8. Estabelecido o *quantum* da sanção corporal em patamar superior a 4 anos de reclusão, é inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

9. *Habeas corpus* não conhecido. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para fixar o regime semiaberto como o inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de fevereiro de 2017(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 378.574 - RS (2016/0297922-5)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : PAULO MOISES REIS BRANDÃO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **PAULO MOISES REIS BRANDÃO**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime semiaberto, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Em grau recursal, a Corte de origem deu parcial provimento ao apelo ministerial para, decotando a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, fixar a pena em 5 anos de reclusão, bem como alterou o regime prisional para o fechado.

Neste *writ*, alega a impetrante que, embora preenchidos os requisitos legais, a Corte de origem afastou o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com base em elementos inidôneos, quais sejam, quantidade não elevada de droga (38g de cocaína) e processos em curso.

Aduz que o fato de o crime de tráfico ser equiparado a hediondo não impede a modificação do regime prisional, nos termos do entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal, que declarou a inconstitucionalidade da antiga redação do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990. Defende, ainda, a substituição da pena corporal por restritivas de direito.

Requer, assim, seja aplicada a causa de diminuição de pena no patamar máximo e, por consequência, seja readequado o regime prisional e deferida a permuta legal.

Liminar indeferida (e-STJ, fls. 260-261).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ, fls. 269-281).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 378.574 - RS (2016/0297922-5)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - RS032676

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PACIENTE : PAULO MOISES REIS BRANDÃO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE RESPONDE A OUTRAS AÇÕES PENAIS. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL FECHADO. QUANTIDADE NÃO ELEVADA DE DROGA. MODO SEMIABERTO. ADEQUADO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. 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 conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.

3. A existência de outros processos criminais, pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), podem afastar a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando permitem concluir que o agente é habitual na prática delitiva. Precedentes.

4. Hipótese em que a instância antecedente negou, motivadamente, a aplicação do redutor, diante da comprovada habitualidade delitiva do paciente, evidenciada no fato de que responde a outras ações penais por crimes de roubo e extorsão.

5. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve expor motivadamente sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo crime de tráfico de drogas, às do art. 42 da Lei de Drogas.

6. Embora a natureza e a quantidade das substâncias entorpecentes sejam argumentos idôneos para se estabelecer o regime mais grave, *in casu*, o inicial fechado, como imposto pelo Tribunal de origem, se mostra desarrazoado, considerando-se as demais circunstâncias favoráveis ao paciente e não ser elevada a quantidade de droga apreendida (38 g de cocaína).

7. Fixada a pena em 5 anos de reclusão, verificada a primariedade do paciente e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime semiaberto é o cabível para prevenção e reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal (Precedentes).

8. Estabelecido o *quantum* da sanção corporal em patamar superior a 4 anos de reclusão, é inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

9. *Habeas corpus* não conhecido. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para fixar o regime semiaberto como o inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Sob tal contexto, passo à análise de eventual constrangimento imposto ao paciente que autorize a concessão da ordem de ofício.

Quanto à causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o Tribunal *a quo*, ao prover o apelo ministerial, afastou sua aplicação pelos seguintes fundamentos:

Quanto ao apenamento, tem razão o Ministério Público em suas razões recursais, sendo caso de afastamento da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, devendo, ainda, ser estabelecido o regime inicial fechado, para o cumprimento das sanções carcerárias.

Com efeito, no caso dos autos, em que o réu foi preso em flagrante com 38 g de cocaína, não há falar em aplicação da minorante da Lei de Drogas. Ocorre que a redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, como se sabe, é inaplicável aos casos de agentes que se dedicam à atividade criminosa.

[...]

Seguindo essa premissa, não vejo como afirmar que o réu ora em julgamento é traficante eventual (embora a primariedade técnica seja incontestável), pois além de não comprovar atividade lícita, verifico em sua certidão de antecedentes que praticou, em tese, crime de roubo e extorsão depois que foi posto em liberdade no presente processo, tendo sido decretada sua prisão preventiva naqueles autos (070/2.16.0000955-7) demonstrando que manteve conduta criminosa, em tese, ao invés de demonstrar conduta ilibada, inclusive lembrando que o delito de roubo e extorsão é praticado mediante grave ameaça ou violência.

Ademais, não se trata de traficante iniciante, pois alguém que está iniciando a atividade do narcotráfico não o faz com uma significativa quantidade de droga, como aquela que foi apreendida.

De fato, para o caso concreto, não vejo desproporcionalidade nas penas cominadas normalmente ao tráfico de drogas, não havendo situação excepcional que justifique a incidência da redutora do § 4º do art. 33 da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de Drogas.

Afastada a minorante da pena privativa de liberdade, a sanção carcerária vai redimensionada para 05 (cinco) anos de reclusão e a multa 500 (quinhentos) dias-multa à razão unitária mínima. (e-STJ, fls. 245-247)

A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.

Como é cediço, o legislador ao instituir o referido benefício legal, teve como objetivo conferir tratamento diferenciado aos pequenos e eventuais traficantes, não alcançando, assim, aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida.

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (RHC 72.118/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 26/10/2016 e AgRg no REsp 1442055/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 04/08/2015, DJe 18/08/2015).

No caso, observa-se que a instância antecedente negou, motivadamente, a incidência do redutor ao paciente, ao considerar ausente o preenchimento de um dos pressupostos legais, tendo em vista o fato de que ele responde a outras ações penais pelos crimes de roubo e extorsão. E, conforme precedentes desta Corte, a existência de outros processos criminais, pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), podem afastar a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando permitem concluir que o agente é habitual na prática delitiva

A propósito, os seguintes julgados de ambas as Turmas desta Corte que respaldam esse entendimento:

[...] 1. Para a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas. A razão de ser da causa especial de diminuição de pena é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, ao cometer um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal.

2. Certo é que a existência de inquéritos policiais ou de ações penais em andamento não possuem o condão de exasperar a reprimenda-base, consoante o enunciado na Súmula n. 444 deste Superior Tribunal. Essa, aliás, é a essência do princípio da presunção de não culpabilidade. Contudo, não há óbice a que processos em andamento ou mesmo condenações ainda sem a certificação do trânsito em julgado possam, à luz das peculiaridades do concreto concreto, ser considerados elementos aptos a demonstrar, cautelarmente, eventual receio concreto de reiteração delitiva (ensejando, por conseguinte, a necessidade de prisão preventiva para a garantia da ordem pública) ou mesmo para evidenciar, como no caso, a dedicação do acusado a atividades criminosas, notadamente quando verificado que as anotações



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

anteriores também são relativas ao crime de tráfico de drogas.

3. O registro de feitos criminais em curso ou condenações ainda pendentes de definitividade podem afastar o redutor não por ausência de preenchimento dos dois primeiros requisitos elencados pelo legislador, quais sejam, a primariedade e a existência de bons antecedentes, mas pelo descumprimento do terceiro e/ou do quarto requisito exigido pela lei, que é a ausência de dedicação do acusado a atividades delituosas e a sua não integração em organização criminosa.

4. Importante a observação de que não basta a existência de uma condenação anterior ou de um processo em andamento para autorizar a conclusão de que o acusado se dedica a atividades criminosas, notadamente quando o crime anterior em nada interferir na compreensão de que se trata de um pequeno traficante ou de um traficante ocasional.

5. É possível que o julgador que, dentro de sua discricionariedade juridicamente vinculada, possa livremente valorar as provas carreadas aos autos e os demais dados constantes do processo - inclusive os depoimentos de testemunhas ou mesmo a confissão do acusado - para, se for o caso, se convencer de que o agente não é merecedor do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei n.

11.343/2006, por se dedicar a atividades criminosas.

6. A conclusão pela inviabilidade de reconhecimento da referida minorante não demanda, na espécie, o revolvimento de matéria fático-probatória, procedimento que, de fato, é obstado pela Súmula n. 7 deste Superior Tribunal. O caso em análise, diversamente, demanda apenas a reavaliação de fatos incontroversos que já estão delineados nos autos, bem como a discussão, meramente jurídica, acerca da interpretação a ser dada às anotações constantes na folha de antecedentes penais do acusado." (AgRg no AREsp 938.492/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/09/2016, DJe 06/10/2016).

[...] 2. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.

3. A existência de outros processos criminais, pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), podem afastar a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando permitem concluir que o agente se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa. Precedentes.

4. Hipótese em que as instâncias ordinárias concluíram, motivadamente, pela dedicação do paciente a atividades criminosas, levando em consideração as provas obtidas nos autos, e o fato de estar sendo processado em outras ações pelo delito de tráfico de drogas, em consonância com o entendimento firmado por esta Corte. (HC 363.946/SP, de minha relatoria, julgado em 04/10/2016, DJe 18/10/2016).

Em relação ao pedido de alteração do regime prisional, melhor sorte assiste à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impetrante.

O modo mais grave foi estabelecido no acórdão impugnado sob a seguinte motivação:

"Quanto ao regime, novamente com razão o *Parquet*.

O art. 33 do CP, após traçar parâmetros objetivos em seu § 2º, determina o seguinte, no texto de seu § 3º:

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

A Lei de Drogas, a seu turno, prevê expressamente, no seu art. 42, 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 a conduta social do agente".

Assim, no meu entendimento, a natureza e a quantidade de drogas, considerado seu caráter preponderante sobre o art. 59 do CP, expressamente previsto, invariavelmente devem ser sopesadas na fixação do regime inicial de cumprimento da pena, ajustando-se, tal entendimento, à previsão contida no § 3º do art. 33 do CP.

No caso concreto, o réu foi flagrado com 38 g de cocaína, quantidade que pode ser utilizada pelo menos para 190 doses, atingindo um grande universo de usuário, além de ser grave a natureza da cocaína, droga que está entre as mais devastadoras da saúde pública, o que não comporta, no meu entendimento, fixação de regime mais brando que o fechado, de tal modo que o regime inicial fechado é o único que se mostra adequado para conferir à presente condenação o caráter preventivo e punitivo dela esperado." (e-STJ, fls. 247-248)

Com efeito, a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e os a eles equiparados **não mais subsiste**, diante da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenado por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

In casu, observa-se que o Tribunal estadual justificou a imposição do modo inicial fechado com base na quantidade e na natureza da droga apreendida. Contudo, embora sejam válidos os argumentos apresentados para a definição do regime mais severo, em verdade, a quantidade de droga (38g de cocaína) não se mostra excessiva a autorizar uma maior reprovabilidade do fato, sobretudo quando as demais circunstâncias judiciais foram valoradas positivamente.

Desse modo, estabelecida a pena em 5 anos de reclusão, verificada a primariedade do paciente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, entendendo ser recomendável o abrandamento do regime prisional para o semiaberto, a teor do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL FECHADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO E NA QUANTIDADE DE DROGA QUE NÃO SE MOSTRA EXACERBADA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. DETRAÇÃO DA PENA. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NA CORTE LOCAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. *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. 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 valoração negativa da quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação de regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso, bem como para obstar a respectiva substituição por pena restritiva de direitos. Precedentes.

4. Hipótese em que as instâncias ordinárias fixaram o regime fechado com base na natureza hedionda do crime de tráfico de drogas e na quantidade de entorpecentes - 43,1 g de maconha e 11,3 g de cocaína - que não se mostra exacerbada.

5. Assim, tratando-se de paciente primário, condenado a pena privativa de liberdade superior a 4 e não excedente a 8 anos, faz jus ao regime inicial semiaberto.

6. O tema referente à possibilidade de detração da pena não foi enfrentado pela Corte de origem, de forma que sua análise por este Tribunal implicaria supressão de instância.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto.

(HC 334.208/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016.)

Fixado o *quantum* da sanção corporal em patamar superior a 4 anos de reclusão, é inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

Diante do exposto, **não conheço** do presente *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para fixar o regime semiaberto como o inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0297922-5

HC 378.574 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 02430659520168217000 07021300016345 2430659520168217000 70070328711
7021300016345

EM MESA

JULGADO: 02/02/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS	: RAFAEL RAPHAELLI - RS032676 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE	: PAULO MOISES REIS BRANDÃO

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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.