



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 370.962 - SP (2016/0240620-4)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIEL MOBLEY GRILLO - RJ134850
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MAURICIO HENRIQUE DE MOURA

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. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 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. MONTANTE DA PENA QUE NÃO PERMITE O BENEFÍCIO. 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.

- Nos termos do art. 33, § 4º, 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 organização criminosa. Contudo, na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o *quantum* da redução retromencionada, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incidência da minorante, quando evidenciarem, juntamente com as circunstâncias do delito, a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. Precedentes.

- Hipótese em que inexistente ilegalidade quando da não aplicação do privilégio, pois a Corte local apontou a dedicação do paciente às atividades ilícitas, destacando a quantidade e a variedade dos entorpecentes apreendidos e as circunstâncias em que o delito ocorreu. 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 n. 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 n. 440/STJ e 718 e 719/STF.

- No caso, considerando o montante da pena de 5 anos de reclusão, a primariedade do paciente e 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. Precedentes.

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para, confirmando a liminar deferida, estabelecer o regime inicial semiaberto em favor do paciente.

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), 07 de março de 2017(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 370.962 - SP (2016/0240620-4)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIEL MOBLEY GRILLO - RJ134850
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MAURICIO HENRIQUE DE MOURA

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de MAURÍCIO HENRIQUE DE MOURA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0003815-88.2015.8.26.0451).

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 n. 11.343/2006 (fls. 133/152).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, cujo provimento foi negado pela Corte local (fls. 230/246), em acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS – PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – NÃO ACOLHIMENTO - MATERIALIDADE E AUTORIAS DELITIVAS DEMONSTRADAS – PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME PREVISTO NO ARTIGO 28, DA LEI DE DROGAS – DESCABIMENTO – FINALIDADE MERCANTIL COMPROVADA – REINCIDÊNCIA, QUANTIDADE E DIVERSIDADE DOS ENTORPECENTES – INADMISSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DO REDUTOR – PENAS BEM DOSADAS – REGIME INICIAL FECHADO MANTIDO – INCABÍVEL A CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVAS DE DIREITOS – CONDENAÇÕES MANTIDAS – RECURSOS NÃO PROVIDOS.

No presente *mandamus* (fls. 1/12), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois não aplicou o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 com base na natureza e quantidade da droga, além de depoimento policial colhido somente na fase inquisitorial. Assevera que a natureza e a quantidade da droga não impede a aplicação do redutor, além de não ser expressiva, e que o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

depoimento policial não foi colhido sob o crivo do contraditório, não podendo embasar a negativa de aplicação do benefício. Também afirma que o regime prisional foi fixado com base na gravidade abstrata do delito e que o paciente faz *jus* a regime prisional mais brando. Em consequência do pleiteado redimensionamento da pena, também defende ser cabível o regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Ao final, formula pedido liminar para que o paciente aguarde em regime mais brando o julgamento deste *writ*. No mérito, pede a concessão da ordem para que a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 seja aplicada em seu patamar máximo, redimensionando-se a pena do paciente, além do estabelecimento de regime prisional mais brando e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Pedido liminar deferido, para assegurar ao paciente o direito de aguardar, no regime semiaberto, o julgamento do presente *habeas corpus* (fls. 320/323).

Informações prestadas às fls. 335/337, 342/366 e 368/399.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela denegação da ordem, caso conhecida (fls. 403/408).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 370.962 - SP (2016/0240620-4)

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-se a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, em seu patamar máximo, redimensionando-se a pena do paciente, com o consequente estabelecimento do regime mais brando e a aplicação do art. 44 do CP.

A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

No caso, o sentenciante condenou o ora paciente à pena corporal de 5 anos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, não reconhecendo a figura do tráfico privilegiado com lastro na seguinte fundamentação (fls. 150/151):

A causa de diminuição referida no artigo 33, paragrafo 4º, da Lei nº 11.343/06, no entender desta Magistrada, não é direito subjetivo do réu, embora haja entendimento doutrinário contrário. Explico.

Uma análise interpretativa da Lei nº 11.343/06 indica que quando o legislador quis determinar uma diminuição da pena o fez categoricamente, ou seja, determinou que a diminuição fosse realizada, independentemente da situação do réu.

Assim é que o artigo 41 prevê que, nas hipóteses por ele elencadas, o indiciado ou acusado "terá a pena reduzida de um terço a dois terços".

Com efeito, se no caso do artigo 41 o legislador mencionou claramente que a redução será feita, como no parágrafo 4º do artigo 33 afirmou que a pena "poderá ser reduzida", é porque deixou a critério do juiz a redução.

Feitas essas considerações, no caso em tela, o réu Flavio é reincidente em crime doloso e não tem direito à redução. Já Maurício estava agindo no tráfico de drogas juntamente com o cunhado, ou seja, havia entre eles certa organização, incompatível com a redução.

O Tribunal de origem, por seu turno, ao negar provimento ao apelo defensivo, manteve o não reconhecimento da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 com lastro na seguinte fundamentação (fls. 239/240):

III - Terceira fase: Incabível a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, pois, a natureza, a quantidade de drogas apreendidas, e o intuito de comercialização com certa habitualidade, revelado aos policiais são circunstâncias que impedem a concessão do redutor.

Desta forma, o D. Juízo acertadamente tornou a pena definitiva, reconhecendo ausentes os requisitos para aplicação da causa de diminuição prevista no §4º, do artigo 33, da Lei nº 11343/2006, não devendo prosperar o pedido defensivo de aplicação do redutor.

Na verdade, a quantidade, diversidade e natureza das drogas apreendidas evidenciam que não estão preenchidos os requisitos legais previstos para a concessão do redutor, uma vez que indicam não ser a traficância um ato isolado na vida dos acusados.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nos termos do art. 33, § 4º, 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 organização criminosa.

Contudo, na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o *quantum* da redução retromencionada, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

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

Nesse sentido:

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 SEMIABERTO. 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 A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. MONTANTE DA PENA QUE NÃO ATENDE AO REQUISITO OBJETIVO PREVISTO NO INCISO I DO ART. 44 DO CP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

- 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

- *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 (15,13 gramas de cocaína e 26,23 gramas de crack), aliadas às circunstâncias em que o delito ocorreu, 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. (HC 362.266/RS, deste Relator, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 23/09/2016) -grifei.*

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. FALTA DE CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. MAJORAÇÃO POR MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO SUPERIOR A 5 ANOS. POSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. NATUREZA E QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. NÃO APLICAÇÃO. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA E INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO NESSE PONTO. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO.

(...)

4. A quantidade e natureza das drogas apreendidas (in casu, 18,5 g de maconha e 14,8 g de cocaína, sendo parte na forma de crack), por indicar dedicação a atividades criminosas, pode embasar o não reconhecimento do tráfico privilegiado.

(...)

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem de habeas corpus concedida de ofício, nos termos do dispositivo. (HC 326.519/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2016, DJe 03/08/2016) - grifei.

Na espécie, pela leitura dos excertos acima transcritos, infere-se que o Tribunal de origem recorrido conferiu legalidade ao não reconhecimento do privilégio, ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

destacar que a quantidade dos entorpecentes apreendidos (27,9g de maconha e 29,7g de cocaína), aliada às circunstâncias em que o delito ocorreu, permitem concluir que há 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.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO. INVIABILIDADE. NECESSIDADE DE INCURSÃO NA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). DEDICAÇÃO DOS CONDENADOS À ATIVIDADE CRIMINOSA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO DEMONSTRADA EM FUNÇÃO DA QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGA APREENDIDA. MODIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PATAMAR DA REPRIMENDA SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

3. Os fundamentos utilizados pela Corte estadual para não aplicar ao caso concreto a 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 pelas circunstâncias do delito e pela quantidade de drogas apreendidas (33,7g de "maconha", distribuída em 18 embalagens), 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. Ordem concedida de ofício para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fixar o regime inicial semiaberto. (HC 351.136/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 29/09/2016) - grifei.

Por oportuno, destaco a inviabilidade de acolhimento do pedido de substituição da pena corporal, uma vez que o montante da pena – 5 anos de reclusão – 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 n. 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 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 n. 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.

Na hipótese, considerando a pena de 5 anos de reclusão, a primariedade do acusado e a pequena quantidade das drogas apreendidas (27,9g de maconha e 29,7g de cocaína), deve ser fixado, nos termos do art. 33, § 2º, “b”, e § 3º, do Código Penal, o regime semiaberto para início de cumprimento da pena.

A propósito:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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.

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E ART. 93, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. INOBSERVÂNCIA. OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, §§ 2.º E 3.º, DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CÓDIGO PENAL. NECESSIDADE. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

(...)

3. Fixada a pena-base no mínimo legal, e, sendo a reprimenda final da paciente igual a 5 anos de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea b, do Código Penal.

4. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda corporal imposta à paciente nos autos da Ação Penal n.º 0000083-26.2015.8.26.0637. (HC 374.719/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 15/12/2016) - grifei.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem ex officio**, apenas para, confirmando a liminar deferida, estabelecer o regime inicial semiaberto em favor do paciente.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0240620-4

HC 370.962 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00038158820158260451 5042015 832015

EM MESA

JULGADO: 07/03/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: DANIEL MOBLEY GRILLO - RJ134850
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: MAURICIO HENRIQUE DE MOURA
CORRÉU	: FLAVIO HENRIQUE LOTERIO

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.