



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.269 - SP (2015/0254596-5)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RAFAEL COMUNALE ALEIXO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THIAGO PIRES SANTOS

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, III, DA LEI N. 11.343/2006. IMEDIAÇÕES DE LOCAL DE PRÁTICAS ESPORTIVAS E RECREATIVAS. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.340/2006. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990. FUNDAMENTO INVÁLIDO. DISPOSITIVO DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. *HABEAS CORPUS* 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. Hipótese em que as instâncias ordinárias reconheceram, com fundamento na provas colhidas nos autos, que a prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes ocorreu "nas imediações da região dos Lagos, local ao ar livre destinado a prática de atividades esportivas e recreativas", a fim de fazer incidir a causa de aumento do art. 40, III, da Lei de Drogas.
3. A pretensão de afastar a majorante não pode ser apreciada por esta Corte Superior de Justiça na via estreita do *habeas corpus*, por demandar o exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos.
4. Concluído pelas instâncias antecedentes, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito e nos demais elementos colhidos na instrução, que o paciente se dedica a atividades criminosas, a modificação desse entendimento – a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas – enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*.
5. No caso, a imposição do regime fechado está apoiada em mera fundamentação *ope legis*, decorrente de norma já declarada inconstitucional, o que não é admissível segundo reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça. Precedentes.
6. Considerando a quantidade de pena imposta (5 anos e 10 anos), a primariedade do condenado, o fato de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis, deve ser fixado o regime inicial semiaberto, a teor do contido no art. 33, § 2º, alínea "b", e § 3º, do Código Penal c/c art. 42 da Lei 11.343/2006.
7. Estabelecido o *quantum* da pena em patamar superior a 4 (quatro) anos, é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

8. *Habeas corpus* **não conhecido**. Ordem **concedida de ofício** para fixar o regime semiaberto para início de 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), 03 de maio de 2016(Data do Julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.269 - SP (2015/0254596-5)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RAFAEL COMUNALE ALEIXO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THIAGO PIRES SANTOS

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **THIAGO PIRES SANTOS**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta nos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, c/c 40, III, ambos da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ, fls. 33-42).

A Defesa interpôs apelação, contudo, o recurso foi improvido (e-STJ, fls. 73-95).

Inconformada, a impetrante manejou o *writ* em análise, no qual alega não incidir a causa de aumento do art. 40, III, da Lei de Drogas, pois é necessário a comprovação de que o paciente se valia de local com maior concentração de pessoas para a disseminação de entorpecentes, mesmo porque os fatos se deram tarde da noite, às 23 horas.

Sustenta, também, que a quantidade de droga não foi expressiva, o que faz incidir a minorante do tráfico privilegiado, conquanto as circunstâncias da apreensão e o modo de acondicionamento da droga são próprias do tipo, não sendo requisitos negativos à aplicação do redutor (e-STJ, fls. 1-16).

Requer a concessão da ordem para que seja afastada a causa de aumento do art. 40, III, da Lei de Drogas, aplicada a figura do tráfico privilegiado, em seu grau máximo, e, ao final, seja fixado o regime aberto e substituída a pena corporal por restritiva de direitos (e-STJ, fl. 16).

A liminar foi indeferida (e-STJ, fl. 110).

Prestadas as informações (e-STJ, fls. 119-162), manifestou-se o Ministério Público Federal pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 167-170).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.269 - SP (2015/0254596-5)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RAFAEL COMUNALE ALEIXO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THIAGO PIRES SANTOS

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, III, DA LEI N. 11.343/2006. IMEDIAÇÕES DE LOCAL DE PRÁTICAS ESPORTIVAS E RECREATIVAS. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.340/2006. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990. FUNDAMENTO INVÁLIDO. DISPOSITIVO DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. *HABEAS CORPUS* 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. Hipótese em que as instâncias ordinárias reconheceram, com fundamento na provas colhidas nos autos, que a prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes ocorreu "nas imediações da região dos Lagos, local ao ar livre destinado a prática de atividades esportivas e recreativas", a fim de fazer incidir a causa de aumento do art. 40, III, da Lei de Drogas.
3. A pretensão de afastar a majorante não pode ser apreciada por esta Corte Superior de Justiça na via estreita do *habeas corpus*, por demandar o exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos.
4. Concluído pelas instâncias antecedentes, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito e nos demais elementos colhidos na instrução, que o paciente se dedica a atividades criminosas, a modificação desse entendimento – a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas – enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*.
5. No caso, a imposição do regime fechado está apoiada em mera fundamentação *ope legis*, decorrente de norma já declarada inconstitucional, o que não é admissível segundo reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça. Precedentes.
6. Considerando a quantidade de pena imposta (5 anos e 10 anos), a primariedade do condenado, o fato de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis, deve ser fixado o regime inicial semiaberto, a teor do contido no art. 33, § 2º, alínea "b", e § 3º, do Código Penal c/c art. 42 da Lei 11.343/2006.
7. Estabelecido o *quantum* da pena em patamar superior a 4 (quatro) anos, é inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

8. *Habeas corpus* **não conhecido**. Ordem **concedida de ofício** para fixar o regime semiaberto para início de cumprimento da pena privativa de liberdade.

VOTO

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

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.

Nesse contexto, passo ao exame das supostas ilegalidades apontadas pela defesa.

O juiz de primeiro grau aumentou a pena em 1/6 (um sexto) (art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006), pois "o crime foi cometido nas imediações de local destinado a atividades esportivas e recreativas" (e-STJ, fl. 40).

A incidência da referida causa de aumento foi mantida pela Corte local, sob a seguinte motivação:

"A pena foi corretamente fixada, seguindo as diretrizes dos artigos 59 e 60, do Código Penal, inicialmente no mínimo legal, reconhecendo-se a circunstância do artigo 40, inciso III, da Lei de Drogas, não comportando alteração (05 anos e 10 meses de reclusão, além de 583 dias-multa).

Comprovada a causa de aumento do inciso III, do artigo 40, da Lei de Drogas. Restou demonstrado, em especial pelos depoimentos dos agentes da lei, que Thiago praticou o delito nas imediações da região dos Lagos, local ao ar livre destinado a prática de atividades esportivas e recreativas, com maior facilidade de disseminação dos entorpecentes, causando maiores riscos à sociedade." (e-STJ, fl. 89.)

Na hipótese dos autos, observa-se que o Tribunal de origem reconheceu, com fundamento na provas colhidas nos autos, que a prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes ocorreu "**nas imediações da região dos Lagos, local ao ar livre destinado a prática de atividades esportivas e recreativas**", a fim de fazer incidir a causa de aumento do art. 40, III, da Lei de Drogas.

Assim, a pretensão de afastar a referida majorante não pode ser apreciada por esta Corte Superior de Justiça na via estreita do *habeas corpus*, por demandar o exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos, prescindindo, portanto, da análise da efetiva mercancia, ou disseminação da droga.

A propósito:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. INADMISSIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. VINTE E OITO INVÓLUCROS DE CRACK (APROXIMADAMENTE 2,546 G). DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS (CULPABILIDADE, MOTIVO E PERSONALIDADE) DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO ABSTRATA. EXCLUSÃO. POSSIBILIDADE. AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, III, DA LEI N. 11.343/2006. REEXAME DA MATÉRIA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. MATÉRIA NÃO DEBATIDA PELAS INSTÂNCIAS ORIGINÁRIAS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

(...)

3. Tendo as instâncias originárias concluído, com base em fundamentos concretos, que, no caso dos autos, incide a causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, entendimento diverso por esta Corte Superior de Justiça demandaria o reexame da matéria fático-probatória, inviável em sede de *habeas corpus*.

(...)"

(HC 203.276/PE, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 12/12/2014).

Também sem razão o paciente quanto à minorante do tráfico privilegiado.

O Juiz sentenciante entendeu incabível a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sob a seguinte fundamentação, *verbis*:

"No caso vertente, os policiais militares aduziram que várias informações haviam do tráfico exercido pelo réu, com a menção a fatos distintos, um deles até em que o réu foi preso e, no compartimento onde apenas ele estava fora encontrado tablete com quase meio quilo de maconha. Desta forma, reputo que o acusado se dedica a atividades criminosas e ainda integra, mesmo que de forma indireta, uma organização criminosa, pelos vínculos necessários ao exercício do tráfico" (e-STJ, fls. 41).

O Tribunal *a quo*, do mesmo modo, entendeu pela impossibilidade de se reconhecer a figura do tráfico privilegiado, consignando o seguinte:

"Na ocasião, policiais receberam denúncias acerca do tráfico de drogas no local, informando que um rapaz de nome "Thiago" comercializava os tóxicos; desta forma, os agentes da lei rumaram para o sítio, onde avistaram o réu no interior da residência, mantendo contato, pelo portão, com um rapaz que se encontrava na calçada; ao notarem a presença e aproximação dos agentes da lei, ambos empreenderam fuga, tendo Thiago corrido para os fundos do imóvel e o outro indivíduo tomado rumo ignorado.

Na seqüência, os policiais adentraram no imóvel e abordaram o apelante, mas, nada de ilícito foi encontrado. Em buscas pelo local, encontraram um recipiente plástico contendo uma porção de maconha, envolta em papel na forma de cigarro, além da quantia de R\$ 22,00 (vinte e dois reais) em dinheiro. Sobre o telhado da residência, os milicianos localizaram as demais porções de maconha, no interior de um rolo/bobina de papel celofane. Na cozinha da residência, no interior do fogão, os policiais encontraram uma balança de precisão, com resquícios de maconha.

(...)

Quanto à pretendida aplicação da redução máxima prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, sem razão o inconformismo defensivo.

Embora Thiago seja primário e não registre antecedentes, a expressiva quantidade de drogas apreendidas, sua natureza, bem como as circunstâncias da apreensão e o modo como estavam acondicionadas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

demonstram seu comportamento voltado ao delito. Assim, não é recomendável a redução máxima prevista no dispositivo legal, aliás, de caráter facultativo, uma vez que a norma legal dispõe que "as penas poderão ser reduzidas". Portanto, fica ao prudente arbítrio do julgador essa análise no caso concreto.

Observo que o traficante, de grande ou pequeno porte, é um dos responsáveis diretos pela onda de violência que avassala o país. A insuficiência da substituição para a repressão e prevenção do tráfico ilícito de entorpecentes é patente de maneira que, frise-se, neste caso, a conduta do réu não se amoldaria no mencionado artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, devendo prevalecer a não redução." (e-STJ, fls. 78-79 e 89-90.)

Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei 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 integrar organização criminosa.

Os Tribunais Superiores têm decidido também que, na falta de indicação pelo legislador de balizas para o *quantum* de redução, 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, para impedir a aplicação da minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes (AgRg no AREsp 628.686/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 2/3/2015).

Na hipótese dos autos, observa-se que as instâncias ordinárias concluíram, motivadamente, que o paciente se dedica a atividades criminosas, levando em conta a natureza, a expressiva quantidade da droga, e a forma de seu acondicionamento, além de outros fatores.

Assim, concluído pelas instâncias antecedentes, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito e nos demais elementos colhidos na instrução, que o paciente se dedica a atividades criminosas, a modificação desse entendimento – a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas – enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*.

Nesse sentido:

"(...)

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. QUANTIDADE DE DROGA. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES ILÍCITAS. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. Não há ilegalidade na negativa de aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, porquanto a quantidade e a natureza das substâncias apreendidas com a paciente, somadas ao fato de que no local foram encontrados diversos produtos destinados ao refino de drogas, além de 2 (duas) balanças de precisão, levaram à conclusão de que se dedica a atividades delituosas, ou seja, não se trata de traficante ocasional.

2. Habeas corpus não conhecido."

(HC 276.722/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 05/11/2013, DJe 12/11/2013.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Passo à análise do regime inicial de cumprimento de pena.

O magistrado monocrático fixou o regime inicial fechado "em razão da gravidade do delito, considerado hediondo" (e-STJ, fl 41).

Instada a se manifestar quanto ao tema, a Corte de origem manteve o modo inicial fechado, sob a seguinte motivação:

"Por fim, também não merece prosperar o pedido de fixação de regime aberto ou semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda. Adequado o regime inicial fechado nos termos da Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, cabendo ao Juízo das Execuções Criminais a análise do eventual preenchimento dos requisitos para a concessão de progressão. Se assim não fosse, não teria sentido outro regime a ser fixado. O legislador, ao tratar o traficante de drogas com o rigor necessário, até pelo fato de o delito ser equiparado a hediondo, negou-lhe vários benefícios que a outras espécies de criminosos seriam cabíveis, como fiança, indulto, sursis, liberdade provisória etc. Portanto, seria contraditório que, condenados, esses infratores recebessem pena alternativa ou cumprissem as reprimendas em regime diverso do fechado.

Lembro que há determinação expressa no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, de que as penas por crime hediondo ou equiparado iniciam-se no regime fechado.

Em conclusão, a condenação de Thiago Pires Santos, nos termos da decisão objeto desta apelação, foi a solução lógica e judiciosa, nada havendo a alterar." (e-STJ, fls. 93-94.)

Inicialmente, convém destacar que a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/7/2012).

Na definição 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 pelo crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com a preponderância a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

No caso em apreço, verifica-se **flagrante ilegalidade a justificar a concessão da ordem de ofício**, pois a imposição do regime fechado está apoiada em mera fundamentação *ope legis*, decorrente de norma já declarada inconstitucional, o que não é admissível segundo reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça (Nesse sentido: AgRg no REsp 1.434.726/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 20/8/2015; AgRg no REsp 1.523.103/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 3/8/2015).

Assim, considerando a quantidade de pena imposta (5 anos e 10 anos), a primariedade do condenado, o fato de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis e a quantidade da droga apreendida, deve ser fixado o regime inicial semiaberto, a teor do contido no art. 33, § 2º, alínea "b", e § 3º, do Código Penal c/c art. 42 da Lei 11.343/2006.

Nesse sentido:

"PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA.

(...)

2. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, 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 em concreto.

3. In casu, o Tribunal de origem afastou aquele redutor considerando que a paciente, embora tecnicamente primária, em razão do local em que foi presa e pela quantidade e variedade de drogas que trazia, dedicava-se a atividades ilícitas.

4. 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.

5. Considerando a quantidade de pena imposta (5 anos), a primariedade da condenada e o fato de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis, deve ser fixado o regime inicial semiaberto, a teor do contido no art. 33, § 2º, alínea "b", e § 3º, do Código Penal.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto para o cumprimento da pena."

(HC 320.278/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 15/09/2015.)

Por fim, estabelecido o *quantum* da pena em patamar superior a 4 (quatro) anos, é inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

Ante o exposto, **não conheço** deste *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, apenas 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: 2015/0254596-5

HC 338.269 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0036904820148260066 0414 042014 36904820148260066 414 42014 73514 7352014
9632014

EM MESA

JULGADO: 03/05/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RAFAEL COMUNALE ALEIXO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THIAGO PIRES SANTOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

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.