



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 351.380 - SC (2016/0067141-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : MICHAEL JONI DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.
2. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.
3. Não obstante a reprimenda final do paciente seja inferior a 4 anos, é inviável a fixação do regime inicial aberto, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, tendo em vista que o paciente no momento da prisão estava usufruindo de saída temporária concedida em processo anterior, além da quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida. Razoável, entretanto, a imposição do regime inicial intermediário.
4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, acolhido o parecer ministerial, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena imposta ao paciente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do *habeas corpus*, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 24 de maio de 2016(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 351.380 - SC (2016/0067141-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : MICHAEL JONI DA SILVA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de MICHAEL JONI DA SILVA, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (Apelação n.º 0037318-17.2014.8.24.0023).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 200 dias-multa, pela prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, sendo a pena privativa de liberdade substituída por duas restritivas de direitos (fls. 71-81).

Irresignados, a Defesa e o Ministério Público interpuseram recurso de apelação. O Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao apelo Ministerial e negou provimento ao recurso Defensivo, em acórdão assim ementado (fls. 145-146):

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, §4º, DA LEI N. 11.343/06). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSOS DA DEFESA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSO MINISTERIAL. **PEDIDO DE FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO OU SEMIABERTO PARA CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. POSSIBILIDADE. APREENSÃO, NA POSSE DO APELANTE, QUE SE ENCONTRAVA EM TERMINAL DE ÔNIBUS E USUFRUÍA DO BENEFÍCIO DA SAÍDA TEMPORÁRIA, DE 42G (QUARENTA E DOIS GRAMAS) DE COCAÍNA.** ANÁLISE À LUZ DO ART. 33, §3º, DO CÓDIGO PENAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO QUE ADMITEM A FIXAÇÃO DO REGIME MAIS SEVERO. PEDIDO DE NÃO SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. PROVIMENTO. REQUISITO SUBJETIVO NÃO SATISFEITO NA HIPÓTESE. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO AFERIDA A PARTIR DA NATUREZA, QUANTIDADE DA DROGA E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. (ART. 44, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL).

"É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois, apesar de o paciente ter sido condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, a quantidade e a natureza da droga apreendida evidenciam que a substituição da sanção reclusiva por restritiva de direitos não se mostrará suficiente para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 44, III, do Código Penal". (Superior Tribunal de Justiça - AgRg no HC 301.449/SP, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 28/04/2015, DJe 07/05/2015)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO DEFENSIVO. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA PENA DE MULTA. INACOLHIMENTO. PRECEITO SECUNDÁRIO DO TIPO PREVISTO NO ART. 33 DA LEI DE DROGAS QUE, EM HARMONIA COM A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, ESTABELECE SANÇÃO PECUNIÁRIA PROPORCIONAL À GRAVIDADE DO DELITO, SEGUNDO CRITÉRIO DE POLÍTICA CRIMINAL ADOTADO PELO LEGISLADOR. NO CASO, QUANTIDADE DE DIAS MULTAS PROPORCIONAL À PENA CORPORAL E VALOR ESTABELECIDO NO MÍNIMO LEGAL ADEMAIS, VIABILIDADE DE PARCELAMENTO NO JUÍZO DA EXECUÇÃO (ART. 169 DA LEI N. 7.210/1984).

"A pena de multa estipulada para o crime de tráfico ilícito de entorpecentes não ofende a Constituição Federal, pois atende a critérios de política criminal, objetivando desestimular a sua prática, já que, sabidamente, possui cunho patrimonial. A capacidade financeira do agente deve ser sopesada para estabelecer o valor de cada dia-multa e não a sua quantidade." (TJSC - Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2015.040084-2, de Palhoça, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, Quarta Câmara Criminal, j. 24-09-2015).

RECURSOS CONHECIDOS, PROVIDO O APELO MINISTERIAL E DESPROVIDO O RECURSO DEFENSIVO. DE OFÍCIO, CORRIGIDO ERRO MATERIAL NO DISPOSITIVO DA SENTENÇA. (nossos os grifos).

No presente *mandamus*, sustenta a impetrante que o Tribunal de origem fixou o regime inicial fechado ao paciente sem apresentar razões concretas e idôneas.

Invoca o teor do enunciado da Súmula nº 440 desta Corte para embasar sua tese, argumentando que a circunstância (natureza/quantidade da droga) não foi valorada negativamente na primeira fase da dosimetria penal.

Defende que o "argumento de que o paciente se encontrava no momento da apreensão em gozo do benefício da saída temporária também é inservível para conferir maior grau de censura ao delito e justificar a fixação do regime fechado".

Alega que, "embora reconhecendo que o paciente, a quem foi imposta a pena inferior a 4 anos, é primário e ostenta todas as circunstâncias judiciais favoráveis (CP, art. 59), injustificadamente foi imposto o regime inicial fechado em vez do regime aberto, em flagrante violação ao art. 33, § 2º, c, e §3º, do Código Pena, e, ainda, às orientações jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal cristalizadas nos verbetes 718 e 719 e do Superior Tribunal de Justiça, sedimentada no Enunciado 440".

Ressalta que o Tribunal de origem afastou a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos também sem apresentar razões concretas e idôneas.

Requer, liminarmente, seja estabelecido provisoriamente o regime inicial aberto ao paciente até o julgamento definitivo do *writ*.

No mérito, busca a modificação do regime inicial de pena para o aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O pedido de medida liminar foi indeferido às fls. 267-269.

As informações solicitadas foram trazidas às fls. 281-282 e 283-284.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Mario Luiz Bonsaglia, pela concessão parcial da ordem, para fixar o regime inicial semiaberto (fls. 330-335).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 351.380 - SC (2016/0067141-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.
2. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.
3. Não obstante a reprimenda final do paciente seja inferior a 4 anos, é inviável a fixação do regime inicial aberto, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, tendo em vista que o paciente no momento da prisão estava usufruindo de saída temporária concedida em processo anterior, além da quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida. Razoável, entretanto, a imposição do regime inicial intermediário.
4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, acolhido o parecer ministerial, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena imposta ao paciente.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Destaco, preliminarmente, que se trata de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, o que impede o seu conhecimento. Cabe avaliar, de qualquer sorte, a existência de ilegalidade patente, a ensejar a concessão de ordem de ofício.

De saída, cumpre salientar que, tanto a estipulação do regime inicial fechado - contida no § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072, que fora alterado pela Lei n.º 11.464/07 - quanto a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos - prevista no art. 44, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 - foram superadas pelo Pretório Excelso em decisões recentes. A esse respeito, confira-se o teor do Informativo n.º 569 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

A Turma, superando a restrição fundada no Enunciado 691 da Súmula do STF, concedeu *habeas corpus* a condenado pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33) para determinar que tribunal de justiça substitua a pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos ou, havendo reversão, que o início do cumprimento da pena privativa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade se dê no regime aberto. Assentou-se que a quantidade de pena imposta – 3 anos –, não constando circunstâncias desfavoráveis ao paciente, que não registra antecedentes, permitiria não só que a pena tivesse início no regime aberto (CP, art. 33, § 2º, c), mas, também, a substituição por pena restritiva de direitos (CP, art. 44, § 2º, segunda parte). HC 101291/SP, Rel. Min. Eros Grau, 24.11.2009. (HC-101291)

O citado *writ* possui esta ementa:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO MAIS GRAVE DO QUE O PREVISTO EM LEI. DIREITO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EXCEÇÃO À SÚMULA 691.

Tráfico de entorpecentes. Fixação da pena. Circunstâncias judiciais favoráveis. Pena fixada em quantidade que permite a substituição da privação de liberdade por restrição de direitos ou o início do cumprimento da pena no regime aberto. Imposição, não obstante, de regime fechado. Constrangimento ilegal a ensejar exceção à Súmula 691/STF. Ordem concedida. (HC n.º 101.291/SP; Relator(a): Ministro Eros Grau; Julgamento: 24/11/2009; Segunda Turma; DJe-027 - 12-02-2010)

Diante disso, a Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o *quantum* de pena aplicado, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal (HC n.º 118.776/MG, da relatoria do Ministro Nilson Naves, julgado em 18.3.2010), bem como a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 1º de setembro de 2010, se pronunciou sobre a matéria, no HC n.º 97.256, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, prevalecendo, por 6 votos a 4, o entendimento aqui expendido, no sentido de ser inconstitucional o dispositivo da Lei n.º 11.343/2006 que veda a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Convém sublinhar que o Senado Federal, no exercício da atribuição que lhe foi conferida pelo art. 52, inciso X, da Magna Carta, editou, em 15.2.2012, a Resolução n.º 05/2012, suspendendo a execução de excerto da Lei n.º 11.343/06 referente à expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" - contida no § 4º, do art. 33, declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos supra mencionado HC n.º 97.256. Confira-se:

O Senado Federal resolve:

Art. 1º É suspensa a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS.
Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Registre-se, por oportuno, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, em sessão extraordinária realizada no dia 27.6.2012, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07. Confira-se:

"Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei n.º 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, com a redação dada pela Lei n.º 11.464/07, o qual determina que *"a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado"*. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito **ex nunc**, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado." (HC n.º 111.840/ES; Relator(a): Ministro Dias Toffoli; Julgamento: 27/06/2012; Tribunal Pleno)

Assim, restaram superadas pela Suprema Corte e por este Tribunal Superior a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na espécie, verifica-se que o Juízo de primeira instância condenou o ora paciente à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 200 dias-multa, pela prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, sendo a pena privativa de liberdade substituída por duas restritivas de direitos (fls. 71-81).

O Colegiado estadual, por sua vez, deu provimento ao recurso de apelação da acusação e fixou o regime inicial fechado para o início do cumprimento de pena, negando a substituição da reprimenda por restritivas de direitos. Assim consignou a Corte *a quo*, no que interessa:

(...) Em relação ao recurso do Ministério Público, especificamente quanto ao pedido de fixação do regime inicial fechado ou semiaberto para o resgate da reprimenda corporal, sabe-se que, além de equiparado a hediondo, a Constituição Federal define que o delito de tráfico de drogas é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (art. 5º, XLIII, da Constituição Federal).

No caso, a despeito da (in)constitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei n. 8.072/90, o regime inicial do fechado revela-se cabível e adequado.

Com efeito, verifica-se, embora o Magistrado sentenciante tenha fixado a pena-base no mínimo legal e aplicado a benesse capitulada no art. 33, §4º, da Lei de Drogas no grau máximo, a natureza e a quantidade da droga que o apelante trazia consigo enseja maior repressão no regime prisional, dada a possibilidade de fracionamento e a potencialidade lesiva de 42g de cocaína.

Além disso, observa-se da certidão de fl. 37 que o apelante fora condenado outrora pela prática do mesmo delito, por associação para o tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo equiparada a de uso restrito, o que evidencia a dedicação a atividades criminosas.

Ainda, **destaca-se que o apelante se encontrava, no momento da apreensão, em gozo do benefício da saída temporária justamente por conta desse outro processo relacionado ao comércio espúrio e outros ilícitos.**

Logo, o regime fechado se aplica ao caso concreto, nos termos do art. 33, §3º, do Código Penal, c/c o art. 42 da Lei de Drogas.

(...)

Portanto, o recurso Ministerial deve ser provido para que seja fixado o regime prisional fechado ao apelado.

De outro norte, merece reparo a sentença no que concerne à substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, como requerido pela acusação, porque, embora declarado parcialmente inconstitucional o dispositivo do art. 44 da Lei de Drogas, observada a Resolução n. 5/2012, do Senado Federal, a análise da possibilidade da conversão deve ser realizada à luz dos requisitos cumulativos do art. 44 do Código Penal.

Com efeito, embora os requisitos objetivos estejam cumpridos (art. 44, incisos I e II, do Código Penal), o requisito subjetivo não está satisfeito nesta hipótese, porque a medida não se apresenta suficiente para a prevenção e repressão de crime que detém alta gravidade.

Noutros termos, **em se tratando de tráfico de significativa**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantidade de cocaína e de delito ocorrido durante a saída temporária, afigura-se inviável a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, notadamente porque está evidente a insuficiência da medida.

Ademais, o motivo (obtenção de lucro fácil à custa da saúde alheia) e as circunstâncias (fomento à prática de outros crimes graves) em que ocorre tráfico de drogas revelam a impossibilidade de se converter a reprimenda corporal em penas restritivas de direitos (art. 44, inciso III, do Código Penal). (...) (fls. 150-152) (grifou-se).

De fato, não obstante a reprimenda final do paciente seja inferior a 4 anos, é inviável a fixação do regime inicial aberto, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, tendo em vista que o paciente no momento da prisão estava usufruindo de saída temporária concedida em processo anterior, além da quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida, 42 g (quarenta e dois gramas de cocaína).

Com efeito, é imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/06, no sentido de 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".

Entendo, entretanto, ser desproporcional a imposição do regime inicial fechado, tendo em vista o *quantum* da reprimenda imposta ao paciente - 1 ano e 8 meses de reclusão.

Assim, reputo exagerada a fixação do regime inicial fechado, porém, diante das peculiaridades do caso concreto - ter sido preso durante o período de saída temporária concedida em processo anterior e a apreensão de 42 g de cocaína -, entendo ser necessária uma resposta penal mais efetiva, como forma de retribuição proporcional à gravidade da conduta, porquanto as circunstâncias do caso em testilha demonstram que o regime inicial mais brando não seria suficiente para a reprovação e a prevenção do delito em comento.

Assim, penso ser razoável a imposição do regime inicial semiaberto.

Nesta senda:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. REITERAÇÃO DE PEDIDO. ABRANDAMENTO DE REGIME INICIAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO EM RAZÃO DA HEDIONDEZ DO DELITO. INCONSTITUCIONALIDADE. ANÁLISE DOS ARTIGOS 33, §2º, B E §3º, DO CÓDIGO PENAL E 42 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REGIME SEMIABERTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

(...)

VI - O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, §



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1º, da Lei nº 8.072/90 - com redação dada pela Lei nº 11.464/07. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§2º e 3º do Código Penal.

VII - Revela-se adequado na hipótese, consoante o disposto nos artigos 33, §§2º e 3º, do Código Penal, e artigo 42 da Lei 11.343/2006, a imposição do regime inicial semiaberto ao paciente, condenado à pena inferior a 4 (quatro) anos, primário, ostentando condições judiciais desfavoráveis. Habeas Corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício tão somente para, confirmando a liminar, fixar o regime semiaberto de cumprimento de pena, ex vi dos artigos 33, §2º, b, e §3º, do Código Penal e 42 da Lei 11.343/2006.

(HC 325.629/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/09/2015, DJe 20/10/2015)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ÓBICE DA SÚMULA 691 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SUPERVENIENTE JULGAMENTO DO MÉRITO E DA APELAÇÃO. ILEGALIDADE FLAGRANTE. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PRIMARIEDADE. DELITO COMETIDO NO INTERIOR DE PRESÍDIO. FUNDAMENTO CONCRETO QUE AUTORIZA O REGIME SEMIABERTO E A NEGATIVA DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO, CONFIRMADA A LIMINAR.

1. Impetrado o habeas corpus contra indeferimento de liminar em prévio writ, posteriormente julgado, não seria possível, em princípio, deliberar-se sobre o mérito. Ressalva-se, contudo, a hipóteses de patente ilegalidade, nos moldes do art. 654, § 2.º, do Código de Processo Penal, que disciplina a extraordinária concessão de ofício.

2. Hipótese em que as instâncias de origem não lograram motivar de maneira idônea o estabelecimento do regime inicial fechado, porquanto não declinaram fundamentos suficientes a justificar a eleição do regime mais gravoso, deixando de apreciar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelos arts. 33 e parágrafos, do Código Penal, em patente inobservância ao princípio da individualização da pena e ao art. 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988. Para a imposição de regime inicial de cumprimento de pena mais severo que o fixado em lei é necessária motivação idônea. Inteligência das súmulas n.º 718 e n.º 719 do Supremo Tribunal Federal e n.º 440 deste Superior Tribunal de Justiça. E é vedado que o Tribunal de origem, em recurso exclusivo da Defesa, agregue novos fundamentos para justificar o regime mais gravoso.

3. Invocou-se, contudo, questão concreta (o cometimento do crime no interior de presídio), que justifica a fixação do regime intermediário, bem como a negativa da substituição da pena por medidas restritivas de direitos, a despeito da sanção inferior a 4 anos.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para o fim de fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda imposta ao paciente, confirmada a liminar.

(HC 312.053/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 09/06/2015, DJe 18/06/2015)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO REGIMENTAL HABEAS CORPUS. DROGAS. REGIME INICIAL SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO PACÍFICO DO STF E DO STJ.

1. Nos crimes de tráfico de drogas, é possível a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como a fixação de outro regime que não o fechado, se preenchidos os requisitos legais.

2. A decisão agravada está de acordo com o posicionamento pacificado desta Corte e do Supremo Tribunal Federal. Concessão da ordem para que seja fixado o regime inicial semiaberto, observadas a quantidade e a diversidade da droga.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 293.473/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 20/06/2014)

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*, mas **concedo a ordem, de ofício**, acolhendo o parecer ministerial, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena imposta ao paciente nos autos da Ação Penal n.º 0037318-17.2014.8.24.0023.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0067141-0

HC 351.380 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00373181720148240023 20150857890 373181720148240023

EM MESA

JULGADO: 24/05/2016

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA ELIANE MENEZES DE FARIA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	: MICHAEL JONI DA SILVA

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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.