



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 350.836 - SP (2016/0060265-6)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PAULO RICARDO DE DIVITIIS FILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSE CICERO SILVA ADALBERTO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE MAJORADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FRAÇÃO DESPROPORCIONAL. ALTERAÇÃO DA PENA. REPRIMENDA FIXADA INFERIOR A 4 ANOS. REGIME FECHADO. CONDIÇÃO JUDICIAL DESFAVORÁVEL. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DE DROGAS. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06 E ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO. GRAVIDADE CONCRETA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. A dosimetria da pena deve ser feita seguindo o critério trifásico descrito no art. 68, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, e, no caso do tráfico de drogas, deve ser observada a gravidade do delito, cabendo ao Magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico, verificando os limites mínimo e máximo, de 5 a 15 anos de reclusão.

Na hipótese, verifico que a majoração da pena-base mostra-se desproporcional, pois foi majorada em 1/3 com base em uma circunstância do crime, sendo redimensionada, portanto, para 1/6.

3. Quanto ao regime prisional, o Plenário do Supremo Tribunal Federal – STF, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

Apesar da fundamentação inidônea apresentada pelas instâncias ordinárias, o Superior Tribunal de Justiça – STJ tem entendido que a gravidade concreta, evidenciada pela presença de circunstância judicial desfavorável, bem como pela natureza e/ou quantidade dos entorpecentes apreendidos, autoriza a imposição de regime prisional mais gravoso.

In casu, embora a primariedade do paciente e o *quantum* de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena (art. 33, § 2º, "c", do CP) permitem, em tese, a fixação do regime aberto, os fundamentos apresentados pelo Magistrado sentenciante revelam que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal. Dessa forma, além da presença de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP), a quantidade, variedade e natureza das drogas apreendidas (art. 42 da Lei n. 11.343/06) justificam a imposição de regime prisional mais gravoso, que, no caso, é o semiaberto, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do Código Penal e com a jurisprudência desta Quinta Turma.

4. No julgamento do HC n. 97.256/RS, a Suprema Corte reconheceu a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, por meio da Resolução n. 5/2012, passando a admitir a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados por tráfico de entorpecentes, nos termos do art. 44 do CP.

Da mesma forma, no caso em apreço, todavia, apesar da fundamentação imprópria apresentada pelo Magistrado sentenciante – gravidade abstrata do delito –, o STJ tem entendido que a gravidade concreta, evidenciada pela natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos (13 papérolas de maconha (15g), 32 invólucros de cocaína (16g) e 5 invólucros de *crack* (0,8g)), constitui elemento indicativo de que a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos não seja suficiente para a prevenção e repressão do delito no caso concreto. Precedentes.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício para limitar o recrudesimento da pena-base do paciente ao patamar de 1/6, redimensionando sua reprimenda para 2 anos e 11 meses de reclusão, bem como para fixar o regime inicial semiaberto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 1º de dezembro de 2016(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 350.836 - SP (2016/0060265-6)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PAULO RICARDO DE DIVITIIS FILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSE CICERO SILVA ADALBERTO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de JOSE CICERO SILVA ADALBERTO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0088404-91.2011.8.26.0050.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 3 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, e § 4º, da Lei n. 11.343/06 (tráfico privilegiado).

Irresignada, a defesa interpôs apelação, tendo o Tribunal de origem negado provimento ao recurso, em acórdão assim ementado:

APELAÇÃO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PENAS E REGIME PRISIONAL MANTIDOS. IMPROVIMENTO DO APELO (fl. 61).

Daí o presente *writ*, no qual a defesa alega que houve ilegalidade na aplicação da reprimenda, haja vista que a majoração da pena-base restou desproporcional, pois a circunstância apontada pelo Magistrado não justifica o aumento de 1/3.

Alega que faz jus a regime prisional mais brando, pois o regime prisional fechado foi fixado com base exclusivamente na hediondez do delito, violando os enunciados n. 718 e 719 da Súmula da Suprema Corte.

Requer, assim, em liminar e no mérito, a redução da pena-base, fixação de regime prisional mais brando, bem como a substituição da pena por restritiva de direitos.

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 87/88), as informações devidamente prestadas (fls. 99/119) e o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordem (fls. 123/128).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 350.836 - SP (2016/0060265-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

Por se tratar de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, a redução da pena-base, a fixação do regime inicial mais brando para cumprimento de pena, bem como a substituição da pena por restritiva de direitos.

O paciente foi preso em flagrante na posse de 13 papelotes de maconha (15g), 32 invólucros de cocaína (16g) e 5 invólucros de *crack* (0,8g).

Diante disso, foi condenado por tráfico de drogas, tendo o Magistrado de primeiro grau aplicado-lhe a pena de 3 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, conforme se verifica:

Na fase do artigo 59 do Código Penal, revela-se dolo anormal à espécie, porque o réu estabeleceu ponto de venda para abastecer o Bairro da Vila Madalena, conhecido pela movimentação, diurna e noturna, em estabelecimentos comerciais, onde o público majoritário é composto por pessoas jovens, o que implica acréscimo de 1/3 à pena base, estabelecida em 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa. Na segunda fase, não há circunstâncias legais a se considerar. Finalmente, deve ser considerada o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, no grau intermediário (muitas drogas apreendidas), porque, aparentemente, se revela fato isolado na vida do réu, sem antecedentes criminais, e, ademais, não há prova de desenvolvimento da atividade no seio de organização criminosa, o que implica penas de 3(três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, estabelecido cada dia-multa em 1/30 (um trinta avos) do valor do salário mínimo vigente, por inexistir, nos autos, circunstâncias que permitam a fixação de valor diverso em razão da capacidade financeira do réu.

Em face do exposto, JULGO PROCEDENTE a ação penal condenando o réu JOSÉ CÍCERO SILVA ADALBERTO (R.G. n.º 37.579.155/SP, como incurso no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, aplicando-lhe as penas de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, , no valor mínimo legal.

Diante da natureza do delito de tráfico de drogas, equiparado ao crime hediondo, adequado o regime fechado para o início de cumprimento da pena corporal (fl. 45).

O Tribunal a quo, por sua vez, asseverou:

As penas foram corretamente fixadas e ficam mantidas.

As penas bases foram majoradas de um terço e recebeu a devida fundamentação as fls. 158 dos autos, sendo em seguida reconhecido o redutor do § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas em seu grau intermediário, para assim tornarem-se definitivas em TRÊS (03) ANOS E QUATRO (04) MESES DE RECLUSÃO e pagamento de TREZENTOS E TRINTA E TRÊS (333) DIAS-MULTA mínimos.

A redução da pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, sequer poderia ser aqui adotada, ante a quantidade de droga portada pelo APELANTE, devendo prevalecer o previsto no artigo 42, da citada Lei, todavia, fica mantida diante do conformismo ministerial.

Em que pese o reconhecimento da inconstitucionalidade da determinação contida no artigo 2º, § 1º, da Lei dos Crimes hediondos, o regime prisional fechado deve imperar no caso em pauta.

[...]

A substituição da pena corporal por restritivas de direitos não se mostra cabível, suficiente e socialmente recomendável ante a natureza do delito, ainda equiparado a hediondo, além do regime prisional imposto (inicial fechado), que impede a execução da aludida substituição (fls. 66/68).

Na hipótese, verifico que a majoração da pena-base mostra-se desproporcional, pois foi majorada em 1/3 com base em uma circunstância do crime, em razão do paciente estabelecer ponto de venda de drogas nos estabelecimentos comerciais.

Cabe ao Juiz a discricionariedade de aplicar a pena de acordo com o art. 59 do Código Penal, todavia, considerando, sobretudo, a gravidade do fato e os limites, mínimo e máximo, da pena do delito de tráfico ilícito de drogas, de 5 a 15 anos de reclusão, mostra-se razoável majorá-la em 1/6, restando a pena-base fixada em 5 anos e 10 meses. Confira-se:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO DO AGENTE A ATIVIDADES



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

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. Concluído pelo Tribunal de origem, com fulcro na quantidade e na variedade de entorpecentes, que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, 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. Precedentes.

3. Estabelecida a pena definitiva em 5 anos e 10 meses de reclusão e sendo desfavorável uma das circunstâncias judiciais (a expressiva e variada quantidade de droga apreendida - 500 porções individuais de cocaína em pó, cocaína na forma de crack e maconha) que justificou o aumento da pena-base acima do mínimo legal, o regime prisional fechado é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "a", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 345.585/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 29/03/2016)

Na segunda fase não houve atenuantes ou agravantes. Na terceira fase de dosimetria, o Magistrado sentenciante aplicou a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 no patamar de 1/2, restando a reprimenda fixada em 2 anos e 11 meses.

Quanto ao regime prisional, verifico que a sua imposição está lastreada exclusivamente na vedação legal, o que vai de encontro com a jurisprudência desta Corte, conforme se verifica:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. DESPROPORCIONALIDADE. ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- O Supremo Tribunal Federal, 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, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59 do Código Penal.

- No caso, o quantum da pena (2 anos e seis meses de reclusão) e a primariedade do paciente levariam a fixação do regime aberto. No entanto, tendo em vista que as circunstâncias judiciais não lhe são favoráveis, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo, e as circunstâncias do caso concreto (quantidade e variedade da droga e o envolvimento de três adolescentes) a fixação do regime de cumprimento de pena no semiaberto se mostra adequado para a repressão do delito.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto para cumprimento da pena privativa de liberdade (HC 324.129/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 07/10/2015).

Ademais, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 2º, da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Cumpre transcrever a ementa do referido julgado:

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 nº 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 nº 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 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 111840, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/06/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-249 DIVULG 16-12-2013 PUBLIC 17-12-2013).

Dessa forma, o regime prisional não pode ser agravado com base em fundamentação inidônea, como no caso do autos.

Todavia, apesar da primariedade do paciente e do *quantum* de pena aplicado, inferior a 4 anos (art. 33, § 2º, "c", do Código Penal – CP) permitirem, em tese, a fixação do regime aberto, os fundamentos apresentados pelo Magistrado sentenciante revelam que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal. Dessa forma, além da presença de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP) , a quantidade, variedade e natureza das drogas apreendidas (art. 42 da Lei n. 11.343/06) justificam a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso o semiaberto, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do Código Penal e com a jurisprudência desta Quinta Turma.

A propósito, confirmam-se:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO. [...] TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL FECHADO DETERMINADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. ELEMENTOS PRÓPRIOS DO TIPO PENAL VIOLADO. DESCABIMENTO. SÚMULAS 718 E 719 DA SUPREMA CORTE. ALTERAÇÃO PARA O MODO SEMIABERTO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. A Suprema Corte, nos verbetes 718 e 719, sumulou o entendimento de que a opinião do julgador acerca da gravidade abstrata do delito não constitui motivação idônea a embasar o encarceramento mais severo do sentenciado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. In casu, embora a reprimenda tenha sido estabelecida em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, a fixação da pena-base acima do mínimo legal, em razão da existência de circunstância judicial desfavorável, indica que o regime inicial semiaberto mostra-se adequado e proporcional na espécie.

[...]

3. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de alterar o regime inicial para o semiaberto (HC 350.111/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 02/05/2016).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. DESPROPORCIONALIDADE. ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- O Supremo Tribunal Federal, 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, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59 do Código Penal.

- No caso, o quantum da pena (2 anos e seis meses de reclusão) e a primariedade do paciente levariam a fixação do regime aberto. No entanto, tendo em vista que as circunstâncias judiciais não lhe são favoráveis, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo, e as circunstâncias do caso concreto (quantidade e variedade da droga e o envolvimento de três adolescentes) a fixação do regime de cumprimento de pena no semiaberto se mostra adequado para a repressão do delito.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto para cumprimento da pena privativa de liberdade (HC 324.129/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 07/10/2015).

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS NATUREZA. PREVISÕES LEGAIS DECLARADAS INCONSTITUCIONAIS PELO STF. FUNDAMENTO TAMBÉM COM BASE NA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA (99 INVÓLUCROS CONTENDO APROXIMADAMENTE 20 GRAMAS DE COCAÍNA). FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. CONDENAÇÃO NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUPERIOR A 4 ANOS. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO. FUNDAMENTO CONCRETO PARA A FIXAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO - O SEMIABERTO - E NÃO O FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. Nos termos do entendimento firmado pelo STJ, a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar tanto a imposição do regime mais severo, quanto o indeferimento da substituição das penas, inexistindo, portanto, ilegalidade a ser sanada. Precedentes.

4. Embora válido o fundamento para o recrudescimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado, ao réu primário, condenado à pena reclusiva não superior a 4 anos - 2 anos e 6 meses - cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal, fazendo jus o paciente ao regime semiaberto.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva (HC 338.541/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 07/12/2015).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, E § 4º, DA LEI 11.343/2006. DOSIMETRIA DA PENA. ABRANDAMENTO DE REGIME INICIAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REGIME INICIAL FECHADO EM RAZÃO DA HEDIONDEZ DO DELITO. INCONSTITUCIONALIDADE. ANÁLISE DOS ARTIGOS 33, §2º, ALÍNEA C, E §3º, DO CÓDIGO PENAL E 42 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REGIME SEMIABERTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

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

IV - A definição do regime prisional para os condenados por tráfico de entorpecentes deve seguir a sistemática estabelecida no art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do Código Penal. Contudo, o art. 42 da Lei n. 11.343/2006 estabelece 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 conduta social do agente". Assim, tratando-se de uma circunstância judicial preponderante, a natureza e a quantidade de entorpecente, ainda



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que aplicada na terceira fase, poderá ser utilizada para justificar a imposição de um regime prisional mais gravoso.

[...] (HC 343.528/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 29/03/2016).

No que se refere à substituição da reprimenda por restritiva de direitos, constato que, no julgamento do HC n. 97.256/RS da Suprema Corte, foi reconhecida a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, por meio da Resolução n. 5/2012, passando a admitir o referido benefício, nos termos do art. 44 do Código Penal – CP.

Na hipótese, apesar da vedação a referida benesse ter como base a gravidade abstrata do delito, não evidencio constrangimento ilegal, pois, apesar da fundamentação inidônea apresentada, o STJ tem entendido que a gravidade concreta, evidenciada pela natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos, constitui elemento indicativo de que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não seja suficiente para a prevenção e repressão do delito no caso concreto.

Confiram-se os julgados desta Corte Superior de Justiça:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA HEDIONDEZ DO CRIME. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA QUANTO AO REGIME MAIS GRAVOSO. PENA INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. NEGATIVA EM VIRTUDE DA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta, é necessário fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos.

- Considerando que a pena foi fixada em 2 anos e 6 meses de reclusão, pela primariedade da acusada e pela análise favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal, mas, por outro lado, tendo em vista a não aplicação da minorante no patamar máximo de 2/3, em razão da quantidade e diversidade da droga apreendida, deve ser fixado o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal.

- Nos termos do ressaltado pelo Tribunal a quo, embora o quantum de pena fixado seja inferior a 4 (quatro) anos,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preenchendo, portanto, o requisito objetivo, a natureza e a quantidade elevada do entorpecente apreendido - 60 pedras de crack e 47 buchas de maconha - não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto (HC 323.006/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 24/11/2015).

AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO. AFRONTA À DECISÃO DO STJ. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Não há falar em desrespeito à decisão proferida por este Tribunal Superior, pois o magistrado a quo acatou prontamente a determinação vertida no decisum do eminente Ministro Moura Ribeiro, além disso, ab initio, fundamentou suficientemente sua decisão.

2. O ajuizamento da presente reclamação é evidentemente incabível para os fins pretendidos, pois a insurgência diz respeito à pretensão de determinação de habeas corpus de ofício para que o reclamante possa aguardar em liberdade o julgamento dos recursos que impugnaram a decisão do Juízo singular, pretensão não amparada legalmente pelo instituto da reclamação, nos termos do art. 105, I, f, da Constituição da República, c/c o art. 187 do RISTJ.

3. A jurisprudência deste Tribunal entende que se faz devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado, bem como a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão da natureza, da quantidade e da variedade das drogas apreendidas.

4. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.

5. Agravo regimental improvido (AgRg na Rcl 21.663/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 05/12/2014).

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, para limitar o recrudescimento da pena-base do paciente ao patamar de 1/6, redimensionando sua reprimenda, que se torna definitiva em 2 anos e 11 meses de reclusão, bem como para fixar o regime inicial semiaberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0060265-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 350.836 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00884049120118260050 3182012 7672011 884049120118260050

EM MESA

JULGADO: 01/12/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: PAULO RICARDO DE DIVITIIS FILHO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JOSE CICERO SILVA ADALBERTO (PRESO)

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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.