



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 344.756 - SP (2015/0313179-9)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : LUIZ FERNANDO MARQUES GOMES DE OLIVEIRA
ADVOGADO : LUIZ FERNANDO MARQUES GOMES DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALECSANDRO BENETON (PRESO)

EMENTA

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. PREVISÕES LEGAIS DECLARADAS INCONSTITUCIONAIS PELO STF. FUNDAMENTO TAMBÉM COM BASE NA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. CONDENAÇÃO NÃO 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.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Desde o julgamento do HC 111.840/ES (Rel. Min. DIAS TOFFOLI) foi declarada inconstitucional, *incidenter tantum*, pelo Plenário do STF a previsão legal (art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/90, na redação da Lei n. 11.464/2007) que determinava a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, devendo as regras do art. 33 do CP ser utilizadas também na fixação do regime prisional inicial dos crimes hediondos e equiparados, não subsistindo, outrossim, a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, prevista na parte final do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, tendo sido declarado inconstitucional o dispositivo, pelo Pleno do STF, quando do julgamento do HC n. 97.259 (Rel. Min. CARLOS AYRES BRITTO - DJe 16/2/2010), na parte relativa à proibição da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Com a edição da Resolução 05/2012, em 15/2/2012, do Senado Federal, foi suspensa a execução da vedação legal.

3. A quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida também constituem fundamento idôneo a justificar tanto a imposição do regime mais severo, quanto o indeferimento da substituição das penas. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusiva não superior a 4 anos – 2 anos e 6 meses – cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal. Precedentes.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro.

Brasília, 07 de abril de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 344.756 - SP (2015/0313179-9)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO

IMPETRANTE : LUIZ FERNANDO MARQUES GOMES DE OLIVEIRA

ADVOGADO : LUIZ FERNANDO MARQUES GOMES DE OLIVEIRA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : ALECSANDRO BENETON (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de ALECSANDRO BENETON, em face de acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso nas sanções do art. 33, da Lei 11.343/2006, a 5 anos de reclusão, em regime fechado, e 500 dias-multa.

Interposta apelação, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso, em acórdão assim ementado (fl. 8):

TRÁFICO DE DROGAS. Alegação acerca de insuficiência de provas. Desacolhimento.

Hipótese na qual são sólidos os demonstrativos a respeito da imputada traficância. Depoimentos de policiais militares que, prestados sob o crivo do contraditório, são suficientes a embasar édito condenatório. Laudos decorrentes de perícia que são de consideração.

Assim, condenação correspondente que se mantém. Sem embargo, correção à pena imposta que se faz necessária. Logo, recurso provido em parte.

Afirma que o Plenário desta Suprema Corte, ao analisar o HC 111.840/ES, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, por maioria, declarou, incidenter tantum, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 com a redação dada pela Lei 11.464/2007 (fl. 4).

Alega que ficou superada a obrigatoriedade de início do cumprimento de pena no regime fechado aos condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados, afastando o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, para proceder a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, segundo os critérios previstos no art. 33, §§ 2º do CP (fl. 4).

Requer seja concedida a ordem, **LIMINARMENTE**, para que a paciente aguarde



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o julgamento do Writ em regime aberto para evitar eventual constrangimento ilegal ou que se aplique de imediato a resolução 05/12 do Senado Federal, convertendo a pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, após, solicitadas às informações da autoridade coatora, seja concedida a ordem impetrada definitivamente para FIXAR REGIME INICIAL ABERTO PARA O INICIO DE CUMPRIMENTO DE PENA E A APLICAÇÃO DA RESOLUÇÃO 05/12 DO SENADO FEDERAL (fl. 5).

A liminar foi indeferida às fls. 364.

Foram prestadas as informações às fls. 371/389 e 391/400.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 404/411, pelo não conhecimento do writ.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 344.756 - SP (2015/0313179-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal (HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/08/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/08/2012), assim alinhando-se a precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC 104.045/RJ, Rel. Ministra Rosa Weber, PRIMEIRA TURMA DJe de 06/09/2012).

Nada impede, contudo, que, de ofício, constate a Corte Superior a existência de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia, o que ora passo a examinar.

Por oportuno, trago à colação os seguintes excertos extraídos da sentença condenatória e do acórdão que a confirmou:

Pelo exposto, JULGO PROCEDENTE a acusação penal para condenar o réu ALECSANDRO BENETON. qualificado às fl 29/32, à pena 05 (cinco) anos de reclusão, além de 500 (quinhentos) dias-multa , unitário no mínimo legal , como inc no artigo. 33, caput, da Lei n. 11343/06.

Em razão da hediondez equiparada do crime, bem como a quantidade e forma de acondicionamento dos entorpecentes, fixo o regime inicial fechado, não influenciando em relação ao acusado a detração do artigo. 387, § 2º, pelo tempo diminuto que ficou preso cautelarmente por este processo Embora haja certa corrente jurisprudencial admitindo a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, data vênia, considero que essa substituição não é possível, vez que o tráfico de drogas é equiparado ao crime hediondo e a substituição é totalmente incompatível com o regime constitucional reversado aos crimes hediondos Não bastasse, o crime de tráfico é multifacetário fomentando inúmeros outros delitos e o tratamento leniente aos acusados desse crime não faz a devida prevenção e reprovação do delito, antes, o incentiva, o que reclama atuação mais enérgica por parte do Estado. Assim, incabível a benesse, acrescentando que a pena aplicada é superior a quatro anos (sentença, fls. 165/166).

Outrossim, são de relevo a natureza, a quantidade e a forma de acondicionamento das substâncias entorpecentes apreendidas em poder desse acusado (ao todo, 56,57 gramas de cocaína em pó divididos em cento e noventa e oito papелotes, folhas 43/45), bem como o encontro de dinheiro em notas trocadas com ele (R\$ 712,00, folhas 16/19).

Por sinal, essas são realidades que não se coadunam à de quem se diz usuário.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

Sem embargo, e por isso dá-se parcial provimento ao recurso, no que tange à dosimetria da pena imposta a respeitável sentença comporta pequeno reparo.

Assinalando serem favoráveis a esse recorrente as circunstâncias judiciais, o digno juiz da causa fixou a sanção básica conforme o mínimo cominado.

Na fase intermediária dessa individualização Sua Excelência manteve esse quantum, pois ausentes agravantes ou atenuantes.

Por fim, esse digno magistrado a quo entendeu não ser hipótese de aplicação do fator de redução estabelecido no parágrafo 4º do artigo 33 dessa Lei.

Entretanto, porque primário esse agente, de bons antecedentes, bem como dado inexistir prova segura acerca do envolvimento dele com atividades criminosas ou da respectiva participação em organização da espécie, é de rigor a incidência dessa minorante.

Nesse passo, à luz do artigo 42 desse diploma, considerados o volume (56,57 gramas) e a natureza (cocaína em pó) do tóxico traficado, razoável e proporcional reduzir-se de metade (1/2) essa pena.

Destarte, e ausentes causas modificadoras outras, ora impõe-se a esse réu dois (2) anos e seis (6) meses de reclusão e pagamento de multa a ser calculada em duzentos e cinquenta (250) dias no menor valor unitário.

possível deferir-se cumprimento da pena carcerária imposta em regime inicial distinto do fechado a condenado pelo cometimento de tráfico de drogas, bem ainda a ele conceder-se, conforme o caso, substituição dessa sanção por alternativa 1 .

Todavia, vistas as sobreditas peculiaridades do crime equiparado a hediondo sob apreciação (mormente no que respeita ao volume e à natureza das substâncias apreendidas), não se substitui essa pena reclusiva por restritiva de direito, a qual, também por esses motivos, deverá ser cumprida em regime inicial fechado e nem tampouco se concede benefícios outros a esse réu.

Portanto, desacolhe-se o argumentado pela ilustre defesa em relação ao mérito (motivo de descrição resumida no relatório deste voto) e, assim, exceção à pena ora corrigida, mantém-se a respeitável sentença, aliás, também, pelo conteúdo próprio (acórdão, fls. 11/13).

De plano, cumpre esclarecer que a previsão legal que determinava a aplicação do regime fechado como inicial para o cumprimento da pena reclusiva foi declarada inconstitucional, *incidenter tantum*, pelo Plenário do STF no julgamento do HC n. 111.840/ES (Rel. Min. DIAS TOFFOLI), sendo, a partir de então, afastada a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado, aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, tendo lá ficado consignado que as regras do art. 33 do CP deveriam ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

utilizadas também na fixação do regime prisional inicial dos crimes hediondos e equiparados.

E, quanto ao benefício da substituição das penas, a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, também não subsiste mais, tendo sido declarado inconstitucional o dispositivo, pelo Pleno do STF, quando do julgamento do HC n. 97.259 (Rel. Min. CARLOS AYRES BRITTO - DJe 16/2/2010), na parte relativa à proibição da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O entendimento passou, desde então, a ser adotado pelo STJ: AgRg no HC 121.111/SP, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (Desembargador Convocado do TJ/SP), SEXTA TURMA, DJe de 17/12/2010, e EDcl no HC 122.269/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe de 22/11/2010.

Em 15/2/2012, com a edição da Resolução 05/2012, do Senado Federal, foi suspensa a execução da mencionada vedação legal, *in verbis*:

RESOLUÇÃO Nº 5, DE 2012.

Suspende, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, a execução de parte do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.

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 Supremo Tribunal Federal nos autos do **Habeas Corpus** nº 97.256/RS.*

*Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.
Senado Federal, em 15 de fevereiro de 2012.*

Entretanto, na espécie, como visto, denota-se que, além do fundamento legal (§ 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com redação dada pela Lei n. 11.464/2007), e da indicada gravidade abstrata do delito, traz o acórdão impugnado fundamento concreto para o regime mais gravoso, consistente no volume e natureza das substâncias apreendidas, o mesmo sucedendo relativamente à substituição das penas, indeferida nos mesmos moldes.

Com efeito, 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.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. GRANDE QUANTIDADE DA DROGA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. GRANDE QUANTIDADE DA DROGA. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. O estabelecimento do redutor na fração de 1/6 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, dada a grande quantidade da droga apreendida - 99,3 kg de maconha - a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. O quantum de redução aplicado fica indene ao crivo do habeas corpus, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

3. 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, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

4. 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".

5. Devidamente fundamentada a negativa de abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena, em razão da quantidade da substância entorpecente apreendida - 99,3 kg de maconha - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

6. Habeas corpus não conhecido (HC 271.554/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 12/12/2013).

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. VERIFICAÇÃO. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. DUPLA UTILIZAÇÃO. PRIMEIRA E TERCEIRA FASES DA DOSIMETRIA. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO EM DECORRÊNCIA DA QUANTIDADE DE DROGA. 3 KG DE COCAÍNA. QUANTIDADE DE DROGAS NÃO CONSIDERADA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. REGIME INICIAL DE PENA E SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO. MANUTENÇÃO DO DECISUM A QUO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. STF.

1. A violação de preceitos, dispositivos ou princípios



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constitucionais revela-se quaestio afeta à competência do Supremo Tribunal Federal, provocado pela via do extraordinário; motivo pelo qual não se pode conhecer do recurso nesse aspecto, em função do disposto no art. 105, III, da Constituição Federal.

2. Não inova a decisão agravada quando exclusivamente enfatiza ou transcreve a própria fundamentação disposta no acórdão a quo.

3. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual caracteriza bis in idem tal valoração tanto na primeira quanto na terceira fase do cálculo da pena.

4. As instâncias ordinárias atuaram em consonância com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, considerando, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga apreendida (3 Kg de cocaína).

5. Não merece reparo o acórdão local ao fixar a pena-base acima do mínimo legal, a despeito da primariedade e bons antecedentes da parte ré.

6. **Adequada a fixação do regime inicial fechado - não em decorrência da Lei n. 11.464/2007 -, porém por argumento diverso, qual seja, em razão da grande quantidade e qualidade do entorpecente traficado pela ré, a saber, 3 Kg de cocaína.**

7. **Não se mostra adequada a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, uma vez que a ré, conforme observado na decisum condenatório, não preenche os requisitos (pena privativa de liberdade de 5 anos, 4 meses e 5 dias de reclusão) previstos no art. 44, I e III, do Código Penal.**

8. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1341940/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/03/2015, DJe 12/03/2015).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA (34kg DE MACONHA). APLICAÇÃO DO REDUTOR EM PATAMAR DIVERSO DO MÁXIMO. IMPOSIÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. **A quantidade e qualidade da droga apreendida podem, em análise conjunta com os demais elementos constantes do processo criminal, interferir na escolha do percentual de redução pela causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, assim como na fixação do regime prisional e na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

restritiva de direitos.

2. *Na hipótese dos autos, diante da expressiva quantidade de droga apreendida - 34kg (trinta e quatro quilos) de maconha -, a decisão agravada restabeleceu a sentença condenatória que fixou o patamar de 1/2 (metade) para aplicação da causa de diminuição de pena, bem como estabeleceu o regime prisional mais gravoso e indeferiu o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.*

3. *Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp 1376334/PR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2014, DJe 29/08/2014).*

Ocorre, todavia, que, 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.

No mesmo sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL SEMIABERTO. CONDENADO PRIMÁRIO. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. REGISTRO DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. OBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 3º, DO CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REQUISITO DO ART. 44, III, DO CP NÃO PREENCHIDO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. *Após a declaração incidental, pelo Supremo Tribunal Federal, do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, tem-se que ele não constitui fundamentação idônea a justificar a fixação do regime inicial fechado, haja vista que, para estabelecer o regime de cumprimento de pena, deve o magistrado avaliar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo art. 33 e parágrafos, do Código Penal.*

2. *O paciente não reincidente, condenado a pena inferior a 4 anos de reclusão, mas com registro de circunstância judicial desfavorável sopesada na primeira fase da dosimetria (natureza altamente lesiva da droga apreendida - crack), deverá cumprir a pena no regime inicial semiaberto, a teor do art. 33, § 3º, do CP.*

3. *Não há constrangimento ilegal no ponto em que foi negada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois não preenchido o art. 44, III, do CP, haja a vista "o comércio de espécie de droga de altíssimo poder destrutivo - crack", que "dava-se há vários meses".*

4. *Agravo regimental não provido (AgRg no HC 308.543/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 09/06/2015, DJe 22/06/2015).*

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. TRÁFICO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENÇÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. ART. 33, § 2º, b e § 3º DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do mandamus, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

2. Ao paciente não reincidente, com circunstâncias judiciais desfavoráveis, condenado à pena privativa de liberdade igual ou inferior a 4 (quatro) anos de reclusão é possível a fixação do regime inicial semiaberto, consoante dispõe o art. 33, § 2º, b e § 3º, do Código Penal. Precedentes.

3. No caso, o paciente, primário, teve a pena-base fixada acima do piso legal em razão da quantidade e natureza da droga apreendida - 7 g de crack fracionadas em 25 (vinte e cinco) pedrinhas -, posteriormente reduzida na razão de 1/3 (um terço), ainda assim foi estabelecido o regime inicial fechado sem a indicação de dados concretos, além daqueles já considerados na primeira fase da dosimetria.

4. O benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito é concedido quando atendidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal.

5. O paciente não faz jus ao benefício da substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, tendo em vista a vedação do inciso III do art. 44 do Código Penal.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento da sanção imposta ao paciente nos autos da Ação Penal n. 001/2.13.0008204-4, da 1ª Vara Criminal do Foro Regional Restinga da Comarca de Porto Alegre/RS (HC 319.982/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 30/06/2015, DJe 03/08/2015).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 hipótese 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).*

Ante o exposto, voto por não conhecer do *habeas corpus*. Concedo, porém, a ordem de ofício para estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0313179-9

HC 344.756 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00215068220148260344 215068220148260344 3742014

EM MESA

JULGADO: 07/04/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LUIZ FERNANDO MARQUES GOMES DE OLIVEIRA
ADVOGADO : LUIZ FERNANDO MARQUES GOMES DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALECSANDRO BENETON (PRESO)

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

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 do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro.