



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 379.363 - SP (2016/0304440-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PATRÍCIA LUCÍOLA DIAS DE MORAIS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXSANDER MORAES DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. *QUANTUM* DE INCIDÊNCIA. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. PLEITO DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS A FIGURAR EM DEMÉRITO DO PACIENTE. REGIME FECHADO. DESPROPORCIONALIDADE. PENA INFERIOR A 4 ANOS. REGIME SEMIABERTO. RAZOABILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. O estabelecimento do redutor na fração de 1/3 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, diante da quantidade e diversidade das substâncias entorpecentes apreendidas em poder do paciente - 2 comprimidos de *ecstasy* (0,6 g), 70 papérolas de maconha (101,9 g), 187 pedras de *crack* (56 g), 89 pinos de cocaína (82,1 g) e 10 frascos de lança-perfume - a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. Motivada de maneira concreta a fixação do *quantum* de aplicação do referido benefício, não há falar em ilegalidade.

2. Não obstante a reprimenda final seja inferior a 4 anos, é inviável a imposição do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, diante da existência de elementos concretos a figurar em demérito do paciente. Desproporcional, entretanto, a fixação do regime inicial fechado, tendo em vista o *quantum* da pena imposta, a saber, 3 anos e 4 meses de reclusão, sendo razoável, pois, a imposição do regime inicial intermediário.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena imposta ao paciente nos autos da Ação Penal n.º 0100761-64.2015.8.26.0050.

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 pedido, 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, 14 de fevereiro de 2017(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 379.363 - SP (2016/0304440-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PATRÍCIA LUCÍOLA DIAS DE MORAIS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXSANDER MORAES DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ALEXSANDER MORAES DA SILVA, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 0100761-64.2015.8.26.0050).

Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 3 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 333 dias-multa, no patamar mínimo, pela prática do crime de tráfico de drogas. Eis o teor do *decisum*, no que interessa:

(...)

Caracterizado o crime, passo a dosar a pena. O réu é primário, razão pela qual fixo sua pena base no mínimo legal, em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, no valor unitário mínimo, correspondente a um trigésimo do salário mínimo vigente à época dos fatos (art. 43 da Lei 11.343/06), cm razão da situação econômica do réu. Embora presente a atenuante do art. 65, inciso I, do Código Penal e a atenuante da confissão, não há reflexos na pena, posto que já fixada no patamar mínimo legal. Aplico a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, reduzindo a pena de 1/3, resultado em 3 anos e 4 meses de reclusão e 333 dias-multa. Anoto que **a grande quantidade de drogas apreendidas e a sua variedade não recomenda diminuição além do patamar acima**. Ante a ausência de outras circunstâncias atenuantes ou agravantes, bem como de causas de aumento ou de diminuição a serem apreciadas, torno a pena acima fixada como definitiva. **O regime inicial de cumprimento da pena deverá ser o fechado, diante da gravidade do crime cometido, da grande quantidade e variedade de drogas encontradas** e a teor do que dispõe o artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90. Em função da hediondez e extrema gravidade do crime, graças ao malefício que acarreta à sociedade, deixo de aplicar a substituição referida no art. 44, do Código Penal, medida que não se mostra socialmente recomendável, nem suficiente para a reprovação e prevenção do delito praticado. Ademais, **a grande quantidade e variedade de drogas encontradas em poder do réu indicam que a substituição é insuficiente para a repreensão e prevenção do delito**. Anoto, por fim, que o art. 44 da Lei 11.343/06 vedou expressamente a possibilidade da substituição. Isto posto, julgo procedente a ação penal, CONDENANDO ALEXSANDER MORAES DA SILVA, qualificado nos autos, como incurso no art. 33, caput, da Lei 11.343/06, aplicando-lhe a pena de 3 anos e 4 meses de reclusão, a ser cumprida



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inicialmente em regime fechado, e 333 dias-multa, no valor unitário mínimo, correspondente a um trigésimo do salário mínimo vigente à época dos fatos. Indefiro o direito de apelar em liberdade, pois o réu praticou tráfico de entorpecentes, atividade que acarreta profundo malefício para toda a sociedade, pois desagrega e desestrutura famílias inteiras, além de ter relação direta com o acréscimo da criminalidade violenta. Ademais, o réu permaneceu preso durante o processo, não se justificando sua soltura após a condenação (fls. 51/52) (grifou-se).

O Tribunal *a quo* negou provimento ao apelo da defesa, nos seguintes termos:

Verifico que a pena-base aplicada a ALEXSANDER ficou assentada no mínimo legal, ou seja, em 5 anos de reclusão, mais o pagamento de 500 dias-multa, no piso.

Em seguida, a reprimenda foi reduzida de 1/3, por conta do benefício previsto no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06, totalizando, em definitivo, 3 anos e 4 meses de reclusão, mais o pagamento de 333 dias-multa, no limiar. Tenho que esse desconto já foi exagerado, de maneira que a pretensão da defesa, no sentido de que se faça redução ainda maior, não é razoável.

Por outro lado, não se desconhece que, em 15 de fevereiro de 2012, o Senado Federal editou a Resolução nº 5, a qual concedeu, nos termos do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, efeito erga omnes à declaração incidental de inconstitucionalidade realizada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento de determinado Habeas Corpus, quanto à expressão, "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", contida no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06.

Mas, no caso sub judice, pelas razões já elencadas acima, o réu não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, posto que seria resposta penal insuficiente, consideradas as características do caso concreto.

Aliás, tenho que o tráfico de drogas é delito incompatível com o cumprimento de pena carcerária em regime diverso do fechado. O Juiz pode e deve impor ao traficante pena e regime de cumprimento rigorosos, porque tão ou mais importantes do que os interesses individuais estão os interesses da sociedade, que se vê cada dia mais fragilizada pela disseminação do uso substâncias tóxicas ilícitas, as quais corroem não só a saúde, mas também a dignidade e o caráter dos usuários, além de desassossegar todas as pessoas que os cercam.

Nestas condições, NEGOU PROVIMENTO ao recurso (fls. 14/15).

Nesta via, aduz que "a quantidade e variedade de drogas apreendidas em poder do paciente não configuram impedimento para maior diminuição da pena".

Assere, ainda, que "o regime fechado foi mantido exclusivamente com base na gravidade abstrata do delito", em afronta aos enunciados 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

Requer, liminarmente e no mérito: a) a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 no patamar máximo; b)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a fixação do regime inicial aberto; c) a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida às fls. 19/20.

Foram prestadas informações às fls. 32/42 e 45/69.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Mario Ferreira Leite, pelo "não conhecimento do *writ* e a concessão de habeas corpus, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto" (fls. 72/77).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 379.363 - SP (2016/0304440-9)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. *QUANTUM* DE INCIDÊNCIA. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. PLEITO DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS A FIGURAR EM DEMÉRITO DO PACIENTE. REGIME FECHADO. DESPROPORCIONALIDADE. PENA INFERIOR A 4 ANOS. REGIME SEMIABERTO. RAZOABILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. O estabelecimento do redutor na fração de 1/3 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, diante da quantidade e diversidade das substâncias entorpecentes apreendidas em poder do paciente - 2 comprimidos de *ecstasy* (0,6 g), 70 papelotes de maconha (101,9 g), 187 pedras de *crack* (56 g), 89 pinos de cocaína (82,1 g) e 10 frascos de lança-perfume - a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. Motivada de maneira concreta a fixação do *quantum* de aplicação do referido benefício, não há falar em ilegalidade.

2. Não obstante a reprimenda final seja inferior a 4 anos, é inviável a imposição do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, diante da existência de elementos concretos a figurar em demérito do paciente. Desproporcional, entretanto, a fixação do regime inicial fechado, tendo em vista o *quantum* da pena imposta, a saber, 3 anos e 4 meses de reclusão, sendo razoável, pois, a imposição do regime inicial intermediário.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena imposta ao paciente nos autos da Ação Penal n.º 0100761-64.2015.8.26.0050.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Destaco, inicialmente, 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.

Quanto ao patamar de diminuição, na terceira fase da dosimetria, eis o que consignou o Juízo de primeiro grau:

Aplico a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, reduzindo a pena de 1/3, resultado em 3 anos e 4 meses de reclusão e 333 dias-multa. Anoto que a grande quantidade de drogas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apreendidas e a sua variedade não recomenda diminuição além do patamar acima (fl. 52).

A Corte de origem, por sua vez, ratificou o patamar fixado em primeira instância.

Verifica-se, pois, que não há nada a retificar, porquanto o estabelecimento do redutor na fração de 1/3 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, diante da quantidade e diversidade das substâncias entorpecentes apreendidas em poder do paciente - 2 comprimidos de *ecstasy* (0,6 g), 70 papérols de maconha (101,9 g), 187 pedras de *crack* (56 g), 89 pinos de cocaína (82,1 g) e 10 frascos de lança-perfume (fl. 47).

Com efeito, é este o espírito da Lei Antidrogas, que dispõe:

Art. 42. 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.

Dessarte, motivada de maneira concreta a fixação do *quantum* de aplicação da referida benesse, em razão da quantidade e variedade das drogas encontradas em poder do paciente, não há falar em ilegalidade. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO FIXADA EM 1/6. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA QUE JUSTIFICAM A FRAÇÃO UTILIZADA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- Deve ser mantida a fração redutora de 1/6, pelo reconhecimento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando o acórdão, dentro da discricionariedade permitida por lei, fundamenta, concretamente, na quantidade e natureza da droga apreendida.

- Tendo em vista o não redimensionamento da pena e mantido o patamar acima de 4 anos, o paciente não faz jus ao regime aberto, conforme disposições do art. 33, § 2º, do Código Penal.

- Não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista que o quantum da pena aplicada supera o limite previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 336.468/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 19/04/2016)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. MITIGAÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP e, com preponderância, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

2. Inexiste ilegalidade na manutenção do redutor no patamar de 1/3 (um terço), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dado o expressivo volume dos entorpecentes apreendidos e sua variedade.

(...)

3. Habeas corpus não conhecido.

(HC 317.172/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/04/2016, DJe 12/04/2016)

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. MAUS ANTECEDENTES. PERÍODO DEPURADOR. FRAÇÃO DA MINORANTE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Consoante entendimento deste Superior Tribunal, decorrido o prazo de cinco anos entre a data do cumprimento ou a extinção da pena e a infração posterior, a condenação anterior, embora não possa prevalecer para fins de reincidência, pode ser sopesada a título de maus antecedentes. Precedentes.

2. Sem embargo, não há como afastar a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas pela simples existência de duas condenações transitadas em julgado com extinção da punibilidade há tanto tempo, máxime porque, além de o recorrido ser tecnicamente primário ao praticar o crime em comento, não há notícias de que se dedique a atividades delituosas ou de que integre organização criminosa.

3. Se o transcurso do tempo impede que condenações anteriores configurem reincidência, esse mesmo fundamento - o lapso temporal - deve ser sopesado na análise das condenações geradoras, em tese, de maus antecedentes.

4. Embora o Supremo Tribunal Federal ainda não tenha decidido o mérito do RE n. 593.818 RG/SC - que, em repercussão geral já reconhecida (DJe 3/4/2009), decidirá se existe ou não um prazo limite para se sopesar uma condenação anterior como maus antecedentes -, no caso, firme na ideia que subjaz à temporalidade dos antecedentes criminais, devem ser relativizados os dois registros penais tão antigos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do acusado, de modo a não lhes imprimir excessivo relevo a ponto de impedir a incidência da minorante descrita no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

5. A escolha do percentual de diminuição de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 decorre da discricionariedade vinculada do julgador, de modo que a alteração do quantum de redução nesta instância superior depende da demonstração de ilegalidade ou de teratologia, inexistente no caso.

6. Recurso especial não provido.

(REsp 1160440/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 31/03/2016)

No mais, insurge-se a presente impetração contra a imposição do regime inicial fechado e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ao paciente, condenado à pena de 3 anos e 4 meses de reclusão, pela prática do delito de tráfico de entorpecentes.

Confira-se a fundamentação adotada pelo Magistrado de primeiro grau acerca dos temas em testilha:

O regime inicial de cumprimento da pena deverá ser o fechado, diante da gravidade do crime cometido, da grande quantidade e variedade de drogas encontradas e a teor do que dispõe o artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90. Em função da hediondez e extrema gravidade do crime, graças ao malefício que acarreta à sociedade, deixo de aplicar a substituição referida no art. 44, do Código Penal, medida que não se mostra socialmente recomendável, nem suficiente para a reprovação e prevenção do delito praticado. Ademais, **a grande quantidade e variedade de drogas encontradas em poder do réu indicam que a substituição é insuficiente para a repreensão e prevenção do delito** (fl. 52) (grifou-se).

O Tribunal *a quo*, do mesmo modo, salientou:

(...) no caso sub judice, pelas razões já elencadas acima, o réu não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, posto que seria resposta penal insuficiente, consideradas as características do caso concreto (fl. 14).

Na espécie, verifica-se que as instâncias de origem justificaram a imposição do regime inicial fechado e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos com base na gravidade concreta do delito em comento, destacando a quantidade e variedade das drogas apreendidas - 2 comprimidos de *ecstasy* (0,6 g), 70 papélotes de maconha (101,9 g), 187 pedras de *crack* (56 g), 89 pinos de cocaína (82,1 g) e 10 frascos de lança-perfume (fl. 47).

De fato, não obstante a reprimenda final seja inferior a 4 anos, é inviável a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, diante da existência de elementos concretos a figurar em demérito do paciente, a saber, a quantidade e a diversidade dos entorpecentes apreendidos em seu poder.

Entendo, entretanto, ser desproporcional a imposição do regime inicial fechado, tendo em vista o *quantum* da pena imposta, a saber, 3 anos e 4 meses de reclusão.

Assim, reputo exagerada a fixação do regime inicial fechado, porém, diante das peculiaridades do caso concreto, 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 regime inicial mais brando, ou eventual substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, não seria suficiente para a reprovação e a prevenção do delito em comento.

Entendo ser razoável, pois, a imposição do regime inicial intermediário.

Nesta senda:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. NATUREZA DE UMA DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. PLEITO DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS A FIGURAR EM DEMÉRITO DO PACIENTE. REGIME FECHADO. DESPROPORCIONALIDADE. PENA INFERIOR A 4 ANOS. REGIME SEMIABERTO. RAZOABILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. O estabelecimento do redutor na fração de 1/3 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, diante da natureza de uma das substâncias entorpecentes apreendidas em poder do paciente - crack - a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. Motivada de maneira concreta a fixação do quantum de aplicação do referido benefício, não há falar em ilegalidade.

2. Não obstante a reprimenda final seja inferior a 4 anos, é inviável a imposição do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, diante da existência de elementos concretos a figurar em demérito do paciente. Desproporcional, entretanto, a fixação do regime inicial fechado, tendo em vista o quantum da pena imposta, a saber, 3 anos e 4 meses de reclusão, sendo razoável, pois, a imposição do regime inicial intermediário.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena imposta ao paciente nos autos da Ação Penal n.º 3021838-43.2013.8.26.0114.

(HC 370.545/SP, de minha Relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 21/10/2016)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, § 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)

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**, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena imposta ao paciente nos autos da Ação Penal n.º 0100761-64.2015.8.26.0050.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0304440-9

HC 379.363 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01007616420158260050 1007616420158260050 20160000701589

EM MESA

JULGADO: 14/02/2017

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. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: PATRÍCIA LUCÍOLA DIAS DE MORAIS
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ALEXSANDER MORAES DA SILVA (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 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 pedido, 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.