



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 385.263 - RS (2017/0006036-8)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ADIMILSON CONCEICAO DA ROSA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADE CRIMINOSA. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A QUATRO E INFERIOR A OITO ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS E PRIMARIEDADE DO RÉU. MODO SEMIABERTO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento que o acolhimento do pedido de absolvição pelo delito de associação para o tráfico de drogas ou de desclassificação para uso próprio, por demandar imersão no conjunto fático-probatório dos autos, é inviável na via estreita do *habeas corpus*. Precedentes.

3. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organizações criminosas.

4. Concluído pelo Tribunal de origem que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito, tendo em vista a quantidade de droga encontrada (500 g de maconha), 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).

5. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor motivadamente sua escolha, atento às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal.

6. Fixada a pena definitiva em 5 anos de reclusão, verificada a primariedade do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

agente e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime semiaberto é o cabível para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto como o inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de março de 2017(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 385.263 - RS (2017/0006036-8)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

**ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PACIENTE : ADIMILSON CONCEICAO DA ROSA

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **ADIMILSON CONCEIÇÃO DA ROSA**, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Consta nos autos que o paciente teve desclassificada a conduta que lhe fora inicialmente imposta pelo delito de tráfico de drogas para a do tipo penal previsto no art. 28, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, tendo sido remetidos os autos ao Juizado Especial Criminal.

Em grau recursal, o Tribunal de origem, por maioria, proveu o apelo da acusação a fim de condenar o paciente como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 5 anos de reclusão. Interpostos embargos infringentes, estes foram desacolhidos.

Neste *writ*, a impetrante alega, em suma, ser insuficiente o conjunto probatório para condenação pelo crime de tráfico de drogas, sobretudo quando considerada a quantidade de entorpecente apreendido, totalmente compatível com o delito de uso. Afirmar que o ônus da prova da mercancia é da acusação e, sendo inexistente no caso em apreço, é inviável o édito condenatório. Destaca, por fim, que a própria testemunha, ouvida em juízo, confirmou tratar-se o paciente de mero usuário.

Requer, assim, a absolvição do paciente ou a desclassificação da conduta para o crime descrito no art. 28 da Lei de Drogas, ou, alternativamente, a aplicação da minorante do § 4º da Lei n. 11.343/2006.

Liminar indeferida (e-STJ, fls. 270-273).

O Ministério Público Federal opinou pelo não cabimento do *writ* (e-STJ, fls. 302-304).

É relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 385.263 - RS (2017/0006036-8)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PACIENTE : ADIMILSON CONCEICAO DA ROSA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADE CRIMINOSA. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A QUATRO E INFERIOR A OITO ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS E PRIMARIEDADE DO RÉU. MODO SEMIABERTO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento que o acolhimento do pedido de absolvição pelo delito de associação para o tráfico de drogas ou de desclassificação para uso próprio, por demandar imersão no conjunto fático-probatório dos autos, é inviável na via estreita do *habeas corpus*. Precedentes.

3. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.

4. Concluído pelo Tribunal de origem que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito, tendo em vista a quantidade de droga encontrada (500 g de maconha), 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).

5. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor motivadamente sua escolha, atento às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal.

6. Fixada a pena definitiva em 5 anos de reclusão, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime semiaberto é o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cabível para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto como o inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

VOTO

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

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo de revisão criminal e de 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.

Sob tal contexto, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesta ilegalidade que autorize a concessão da ordem, de ofício.

O Tribunal de origem, ao formar o convencimento para o édito condenatório pelo delito de tráfico de drogas, consignou:

[...] entendo comprovada a materialidade do delito narrado na denúncia pelos elementos decorrentes do auto de apreensão (fl.15), do autor de prisão em flagrante (fl.21) e pelos laudos provisório e definitivo de constatação da natureza das substâncias apreendidas (fls.18 e 92/97), confortados pelos demais elementos de cognição trazidos ao feito.

Quanto à autoria, vai demonstrada na pessoa do acusado, diante da prova oral colhida no curso da instrução; dos depoimentos dos policiais que participaram da abordagem a veículo com documentação atrasada; pela quantidade de entorpecente encontrado na posse do réu (500g de maconha) e pela quantia de R\$ 399,00 sem comprovação lícita, ainda que o acusado, em juízo, tenha asseverado que a droga era para consumo próprio e que o entorpecente apreendido durava cerca de um mês.

Frente a este contexto, esmorece a tese defensiva, porquanto se resumiu a alegações vazias e descompromissadas, desacompanhadas do mínimo respaldo probatório, típico daquele que pretende se livrar de eventual responsabilização penal, por conhecer a lei e sua permissividade.

Cabe frisar, que em relação ao crime de tráfico, o agente não precisa ser flagrado na prática de ato de comércio, bastando que realize quaisquer dos verbos nucleares previstos no art.33 da Lei 11.346/06 (na hipótese em tablado, trazer consigo ou transportar). Acrescente-se que mesmo que demonstrado que o acusado, efetivamente, fosse dependente químico, isso, por si só, não o eximiria da imputação de tráfico de drogas, já que usual a combinação entre o vício e a venda das drogas.

Com o fito de aclarar a questão da autoria do ilícito em análise, colaciono trecho do parecer do ilustre Procurador de Justiça, que resumiu de maneira adequada os depoimentos dos agentes de segurança:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"Os Policiais Civis André Geovane Fries e Fábio André Trindade Rodrigues disseram que, em patrulhamento de rotina pela Companhia de Operações Especiais, avistaram o veículo Monza, cujo réu Adimilson Conceição da Rosa era o caroneiro, e, em consulta no sistema, verificaram que os documentos do veículo estavam vencidos, motivo pelo qual foi dado sinal luminoso e sonoro para a parada do veículo. Afirmaram que o veículo tentou fugir, mas que ficou preso no fluxo do trânsito, ocasião em que abordaram o réu e a testemunha, sendo que foi encontrada a droga dentro de uma mochila na posse do réu Adimilson Conceição da Rosa, bem como dinheiro no bolso e um celular, e na posse do motorista foi encontrada uma pequena porção da droga."

No ponto, importante referir que esta julgadora possui entendimento no sentido de recepcionar a validade dos depoimentos policiais como meio de prova, sendo estes, como no caso, convergentes em relatar a seqüência dos fatos que culminaram na apreensão do entorpecente, não sendo possível afastar a presumida idoneidade dos policiais, pois inexistem contradições em seus relatos, ou mesmo a demonstração de interesse em prejudicar os réus, sendo uníssomos em atestar o transporte de droga pelo denunciado, configurando o tráfico de drogas.

[...]

Repise-se que a palavra do acusado, ao alegar ser usuário, revelou-se insuficiente para caracterizar que a droga apreendida era destinada ao seu consumo pessoal (art. 28 da Lei 11.343/06), uma vez que após abordagem de rotina a veículo com documentação vencida, os policiais lograram êxito em apreender grande quantidade de entorpecente (500g de maconha), que apesar de não ser das mais nocivas, representa a porta de entrada para o uso de outros estupefacientes e cometimento de ilícitos diversos por parte de usuários para financiar seu vício, sendo imperativa, portanto, a condenação do denunciado pela prática de tráfico de entorpecentes, pois consciente do ilícito que incorria ao transportar/trazer consigo um tijolo de maconha, fato que permite justificar a tentativa de fuga. (e-STJ, fls. 223-226 – grifo nosso).

Como se observa, foram apontados elementos concretos para comprovar a autoria pelo crime de tráfico de drogas. Segundo se infere do acórdão impugnado, o paciente foi surpreendido na posse de 500 g de maconha e mais R\$ 399,00 sem comprovação lícita, sem autorização e em desacordo com norma regulamentar, consoante depoimento idôneo dos policiais militares colhidos sob o crivo do contraditório e ampla defesa.

Impende ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou que " para a ocorrência do elemento subjetivo do tipo descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, é suficiente a existência do dolo, assim compreendido como a vontade consciente de realizar o ilícito penal, o qual apresenta 18 (dezoito) condutas que podem ser praticadas, isoladas ou conjuntamente" (REsp 1.361.484/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/06/2014, DJe 13/06/2014).

Desse modo, a pretensão de absolvição ou de desclassificação deduzida neste *writ* demanda o exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos, sendo inviável no meio escolhido.

A seguir o seguinte julgado que respalda esse entendimento:

[...] TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO.
PLEITO DE ABSOLVIÇÃO QUANTO AO DELITO DO ARTIGO 14



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DA LEI 6.368/1976. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA RECONHECIDAS NO ACÓRDÃO IMPUGNADO. COAÇÃO ILEGAL NÃO CARACTERIZADA.

1. Para a caracterização do crime de associação para o tráfico é imprescindível o dolo de se associar com estabilidade e permanência, sendo que a reunião ocasional de duas ou mais pessoas não se subsume ao tipo do artigo 14 da Lei 6.368/1976. Doutrina. Precedentes.

2. Tendo a autoridade apontada como coatora reconhecido, com arrimo no conjunto probatório produzido nos autos, que o paciente integraria organização criminosa estável e permanente, está caracterizado o delito de associação para o tráfico, afastando-se a coação ilegal suscitada na impetração.

3. Para se entender de modo diverso e desconstituir o édito repressivo, como pretendido no writ, seria necessário o exame aprofundado do conjunto probatório produzido nos autos, providência que é inadmissível na via estreita do *habeas corpus*.

4. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 363.710/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 13/10/2016).

Quanto ao pleito de aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, também não assiste razão à impetrante.

A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.

Como é cediço, o legislador ao instituir o referido benefício legal, teve como objetivo conferir tratamento diferenciado aos pequenos e eventuais traficantes, não alcançando, assim, aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida.

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (RHC 72.118/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 26/10/2016 e AgRg no REsp 1442055/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 04/08/2015, DJe 18/08/2015).

Na hipótese dos autos, observa-se que o Tribunal de origem concluiu, motivadamente, pela dedicação do paciente ao tráfico de entorpecentes, levando em conta a expressiva quantidade de droga apreendida. Logo, assentado pela instância antecedente, soberana na análise dos fatos, que o paciente faz do comércio ilícito de entorpecentes uma atividade habitual, 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*.

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTO IDÔNEO PARA AUMENTAR A PENA-BASE. NÃO APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DEDICAÇÃO DO PACIENTE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME FÁTICO. INOCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. REGIME PRISIONAL COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. INADMISSIBILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE RECONHECIDA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar a existência de eventual coação ilegal.

- A pena-base foi fixada em 5 anos e 10 meses de reclusão, ou seja, 1/6 acima do mínimo legal, considerando-se a quantidade e a natureza da droga apreendida, em perfeita consonância com o art. 42 da Lei n. 11.343/06.

- A redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não foi aplicada por entender o Magistrado sentenciante, com base em outros elementos constantes dos autos, diversos da quantidade da droga, que o acusado se dedicava às atividades criminosas. Desse modo, afigura-se inviável, pela estreita via do *habeas corpus*, adotar conclusão diversa daquela apresentada pelas instâncias ordinárias, uma vez que é vedada a reincursão nos fatos e provas dos autos na espécie processual eleita. Precedentes. Inexiste *bis in idem*, pois inaplicável ao caso concreto o precedente firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do ARE 666334 RG, Relator Min. GILMAR MENDES, DJe 6.5.2014

- A fixação do regime prisional deve ser feita em consonância com o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, sendo certo que, no julgamento do *habeas corpus* n. 111.840/ES o Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, seja na sua redação original (HC n. 82.959/SP), seja na redação da Lei n. 11.464/2007 (HC n. 111.840/ES), o qual determinava a obrigatoriedade do regime fechado para os condenados por crimes hediondos e os a eles equiparados.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Juiz das Execuções, afastado o óbice legal, fixe o regime mais adequado para o início do cumprimento da pena, observados os parâmetros traçados no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

(HC 325.122/SP, Rel. Min. ERICSON MARANHÃO (Desembargador convocado do TJ/SP), SEXTA TURMA, DJe 31/3/2016).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do(a) acusado(a), que este(a) não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.

2. Não há constrangimento ilegal no ponto em que o Tribunal de Justiça estadual, sem piorar a situação do réu, manteve a não aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, com base em elementos concretos assinalados na sentença condenatória, que evidenciaram a dedicação do acusado à atividade criminosa do tráfico



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(depoimentos de testemunhas, funcionamento de boca de fumo no local da prisão, apreensão de balança de precisão e quantidade de pasta-base de cocaína apreendida).

3. Ordem não conhecida.

(HC 324.460/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 11/9/2015.)

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

Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenado por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, cuja norma determina a preponderância dos vetores referentes à natureza e à quantidade de drogas sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal.

Consigne-se, ainda, que, conforme entendimento cristalizado nas Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF, a fixação de regime mais gravoso, do que o legalmente previsto para a sanção imposta, exige fundamentação idônea e amparada em elementos concretos extraídos dos autos.

Estabelecida a pena final em 5 anos de reclusão, verificada a primariedade do agente e a aferição favorável das circunstâncias judiciais, o **regime semiaberto** é o adequado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, a teor do contido no art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL FECHADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO E NA QUANTIDADE DE DROGA QUE NÃO SE MOSTRA EXACERBADA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. DETRAÇÃO DA PENA. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NA CORTE LOCAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 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.

2. O STF, 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.

3. A valoração negativa da quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação de regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso, bem como para obstar a respectiva substituição por pena restritiva de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Precedentes.

4. Hipótese em que as instâncias ordinárias fixaram o regime fechado com base na natureza hedionda do crime de tráfico de drogas e na quantidade de entorpecentes - 43,1 g de maconha e 11,3 g de cocaína - que não se mostra exacerbada.

5. Assim, tratando-se de paciente primário, condenado a pena privativa de liberdade superior a 4 e não excedente a 8 anos, faz jus ao regime inicial semiaberto.

6. O tema referente à possibilidade de detração da pena não foi enfrentado pela Corte de origem, de forma que sua análise por este Tribunal implicaria supressão de instância.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto.

(HC 334.208/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016)

Diante do exposto, **não conheço** do presente *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para fixar o regime semiaberto como o inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0006036-8

HC 385.263 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00150985920168217000 01921400078380 03348651020168217000 150985920168217000
1921400078380 3348651020168217000 70068049048 70071246714

EM MESA

JULGADO: 14/03/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ADIMILSON CONCEICAO DA ROSA

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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.