



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 540.789 - SP (2019/0314632-5)

RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
JULIANA PASCUTTI FERREIRA DE OLIVEIRA - SP275887
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JHONATAN HENRIQUE DOS SANTOS MARTINS (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITOS DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, §4º, DA LEI N. 11.343/06. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE DEMONSTRAM A DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. REGIME FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - O parágrafo 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, dispõe que as penas do crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o **percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06**, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

III - Na espécie, ao contrário do que aduz a defesa, **houve fundamentação concreta e idônea para o afastamento do tráfico privilegiado**, lastreada na quantidade de drogas e **diversidade de entorpecentes apreendidos** (*144 porções de cocaína, pesando 62,2 gramas; 60 invólucros plásticos contendo 21,5 gramas de cocaína, na forma de crac/c; e 60 porções de maconha, com peso de 118,1 gramas*), e nas demais circunstâncias da apreensão e da prisão em flagrante do paciente, **elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/06, pois demostram que o paciente se dedicava às atividades criminosas. Qualquer incursão que escape a moldura fática ora**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apresentada, demandaria inegável revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes deste átrio processual, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária.

IV - Em relação ao regime inicial de cumprimento de pena, cumpre registrar que o Plenário do col. **Supremo Tribunal Federal** declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, devem ser observados os preceitos constantes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal.

V - Na hipótese, o regime fechado foi mantido com base em considerações vagas e genéricas relativas à gravidade abstrata do crime, em clara violação aos enunciados das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n. 440 desta Corte Superior, configurando-se, assim, o constrangimento ilegal. Nesse compasso, considerando a primariedade do paciente e o **quantum** de pena estabelecido, forçoso concluir que faz **jus** ao regime **semiaberto** para início de cumprimento de pena, **ex vi** do art. 33, parágrafo 2º, alínea b, e § 3º, do Estatuto Penal.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício.

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

Brasília (DF), 19 de novembro de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 540.789 - SP (2019/0314632-5)

**RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
JULIANA PASCUTTI FERREIRA DE OLIVEIRA - SP275887
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JHONATAN HENRIQUE DOS SANTOS MARTINS (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE):**

Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em favor de **JHONATAN HENRIQUE DOS SANTOS MARTINS** contra acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado como incurso no artigo 33, **caput**, da Lei 11.343/06 e artigo 333 do Código Penal, à pena de 7 (sete) anos e 10 (dez) meses de reclusão em regime inicial fechado, e ao pagamento de 593 (quinhentos e noventa e três) dias-multa.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação ao Tribunal de origem, que deu parcial provimento ao apelo, para reconhecer a atenuante da menoridade, sem reflexos na pena, nos termos do acórdão juntado às fls. 44-54, com a seguinte ementa:

"TRÁFICO DE ENTORPECENTES - Configuração. Materialidade e autoria demonstradas. Depoimentos dos policiais militares em harmonia com o conjunto probatório. Negativa do réu isolada. Apreensão de razoável quantidade e variedade de entorpecentes (144 porções de cocaína, pesando 62,2 gramas; 60 invólucros plásticos contendo 21,5 gramas de cocaína, na forma de crack; e 60 porções de maconha, com peso de 118,1 gramas), além de dinheiro - Causa de aumento do artigo 40, VI, da Lei de Drogas demonstrada (envolvimento de adolescente) - Condenação mantida. CORRUPÇÃO ATIVA - Configuração. Materialidade e autoria comprovadas. Prova segura. Oferecimento de vantagem indevida aos policiais responsáveis pela prisão em flagrante - Condenação mantida. PENAS e REGIME DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CUMPRIMENTO - Bases nos mínimos Reconhecimento da menoridade relativa. Atenuante inócua. Súmula nº 231 do STJ – Inviável a aplicação do redutor do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 - Concurso material - Regime inicial fechado - Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito (CP, artigo 44, I) - Perdimento do dinheiro apreendido em favor da União - Apelo provido em parte para reconhecer a atenuante da menoridade relativa, sem alteração no quantum final das sanções."

No presente **writ**, o impetrante sustenta constrangimento ilegal na dosimetria da pena, sob a alegação de que não houve fundamentação idônea a justificar a não aplicação da fração máximo da redutora capitulada no parágrafo 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06, vez que o paciente é primário, de bons antecedentes, bem como não há provas de que se dedique às atividades criminosas e nem que integre organizações criminosas.

Igualmente, alega que houve afronta aos enunciados das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n. 440 desta Corte Superior, ao argumento de que o regime inicial de cumprimento de pena foi fixado com base na hediondez do crime.

Requer, ao final, a concessão da ordem, para que incida o privilégio descrito no parágrafo 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06, bem como a readequação do regime prisional, e a substituição da pena privativa de liberdade, por restritivas de direito (fls. 3-27).

O pedido liminar foi **indeferido** às fls. 57-59.

As informações foram prestadas às fls. 66-81.

O Ministério Público Federal, às fls. 83-89, manifestou-se nos termos da seguinte ementa:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E CORRUPÇÃO ATIVA. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. IMPOSSIBILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ATOS INFRACIONAIS. FUNDAMENTO IDÔNEO PARA OBSTAR A APLICAÇÃO DA BENESSE. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE DE PENA DEFINITIVA QUE EXCEDE A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PARECER PELA CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM."

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 540.789 - SP (2019/0314632-5)

RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
JULIANA PASCUTTI FERREIRA DE OLIVEIRA - SP275887
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JHONATAN HENRIQUE DOS SANTOS MARTINS (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITOS DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, §4º, DA LEI N. 11.343/06. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE DEMONSTRAM A DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. REGIME FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. **HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - O parágrafo 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, dispõe que as penas do crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o **percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/06, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

III - Na espécie, ao contrário do que aduz a defesa, **houve fundamentação concreta e idônea para o afastamento do tráfico privilegiado**, lastreada na quantidade de drogas e **diversidade de entorpecentes apreendidos** (144 porções de cocaína, pesando 62,2 gramas; 60 invólucros plásticos contendo 21,5 gramas de cocaína, na forma de crac/c; e 60 porções de maconha, com peso de 118,1 gramas), e nas demais circunstâncias da apreensão e da prisão em flagrante do paciente, **elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/06, pois demonstram que o paciente se dedicava às atividades criminosas. Qualquer incursão que escape a moldura fática ora apresentada, demandaria inegável revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes deste átrio processual, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária.**

IV - Em relação ao **regime inicial de cumprimento de pena**, cumpre registrar que o Plenário do col. **Supremo Tribunal Federal** declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, devem ser observados os preceitos constantes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal.

V - Na hipótese, o regime fechado foi mantido com base em considerações vagas e genéricas relativas à gravidade abstrata do crime, em clara violação aos enunciados das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n. 440 desta Corte Superior, configurando-se, assim, o constrangimento ilegal. Nesse compasso, considerando a primariedade do paciente e o **quantum** de pena estabelecido, forçoso concluir que faz **jus** ao regime **semiaberto** para início de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cumprimento de pena, **ex vi** do art. 33, parágrafo 2º, alínea b, e § 3º, do Estatuto Penal.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE):

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Destarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

O impetrante sustenta que não houve fundamentação idônea a justificar a não aplicação da redutora capitulada no parágrafo 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06, vez que o paciente é primário, de bons antecedentes, bem como não há provas de que se dedique às atividades criminosas e nem que integre organizações criminosas.

O parágrafo 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, dispõe que as penas do crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o **percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06**, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto ao **punctum saliens**, o Tribunal de origem, quando do julgamento do recurso de apelação, assim se pronunciou, **in verbis**:

"Correta a negativa do redutor do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 para o tráfico. Os requisitos legais, restritivos e cumulativos, da benesse não são a "quantidade ou a qualidade" das drogas (circunstâncias que devem ser consideradas somente na fase da fixação das penas-base - vide art. 42 da Lei 11.343/06), mas sim a avaliação, com base nas provas, se o acusado é "primário", "de bons antecedentes", "não integre organização criminosa" e "não está envolvido com atividades criminosas" (§ 4º, segunda parte, do art. 33 da Lei 11.343/06). Nesta ação penal, com clareza solar, o apelante "está envolvido com atividade criminosa" porque foi surpreendido em local conhecido pelo tráfico de entorpecentes (cf. depoimentos dos policiais militares - disponíveis no e-saj) trazendo consigo, para fins de entrega a consumo de terceiros e na companhia de adolescente, 144 porções de cocaína, pesando 62,2 gramas; 60 invólucros plásticos contendo 21,5 gramas de cocaína, na forma de crac/c; e 60 porções de maconha, com peso de 118,1 gramas (cf. laudo de fls. 117/120); além de dinheiro, dois celulares e um rádio transmissor; circunstâncias concretas que, no mínimo, levam à conclusão de que, com habitualidade, recebe o entorpecente (mediante compra ou consignação) do grande traficante para, na seqüência, comercializá-los no varejo em porções. Afinal, 'ponto de tráfico' significa 'ponto de comércio ilícito' que entre suas medulares características estão o 'meio de vida à margem da legalidade', a 'organização e prevenção contra a atuação das autoridades de polícia', a 'disputa clandestina do sítio utilizado na atividade' e a 'freguesia viciada'. Ademais, não se olvide que a benesse tem natureza excepcional – e não regra geral - e assim deve ser tratada, sob pena de indevido esvaziamento das sanções em abstrato cominadas para o delito de tráfico de entorpecentes tipificado no capi/f, aliás, ainda equiparado a hediondo[...]."

Na espécie, ao contrário do que aduz a defesa, **houve fundamentação concreta e idônea para o afastamento do tráfico privilegiado**, lastreada na quantidade de drogas e **diversidade de entorpecentes apreendidos** (144 porções de cocaína, pesando 62,2 gramas; 60 invólucros plásticos contendo 21,5 gramas de cocaína, na forma de crac/c; e 60 porções de maconha, com peso de 118,1 gramas), e nas demais circunstâncias da apreensão e da prisão em flagrante do paciente, **elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/06, pois demonstram que o paciente se dedicava às atividades criminosas.**

Qualquer incursão que escape a moldura fática ora apresentada, demandaria inegável revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes deste átrio processual, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sobre o tema, colaciono o seguinte aresto:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, C/C O ART. 40, VI, AMBOS DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADA À PENA CORPORAL DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL SEMIABERTO. PLEITO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE A PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. NA PRESENTE VIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- 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.

- Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

- Na espécie, infere-se que o Tribunal de origem conferiu legalidade ao não reconhecimento do privilégio, ao fundamentar que a atividade da paciente não se esgotou no ato em que foi flagrada, destacando que, apesar da apreensão de pequena quantidade de droga, a própria acusada confessou a dedicação ao tráfico há cerca de dois meses e o policial que participou do flagrante declarou que existem várias denúncias dando conta do envolvimento da ora paciente no comércio ilícito na localidade.

- Logo, tendo havido fundamentação concreta, pelo Tribunal local, ao não aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, concluo que, para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que a paciente não se dedica às atividades criminosas, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução probatória, o que, como cediço, é vedado na via estreita do habeas corpus, de cognição sumária. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido" (HC n. 401.704/ES, Quinta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Turma, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 01/08/2017).

No que tange ao **regime inicial de cumprimento de pena**, cumpre registrar que o Plenário do col. **Supremo Tribunal Federal** declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo.

Para tanto, devem ser observados os preceitos constantes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal. Esse também é entendimento perfilhado por esta Corte, **in verbis**:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS, PORTE ILEGAL DE ARMA E RECEPÇÃO. PENAL. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. DESCABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. SANÇÃO MAIOR QUE QUATRO ANOS. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. RÉU PRIMÁRIO E SEM MAUS ANTECEDENTES. ADEQUAÇÃO. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

[...]

7. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

8. Fixada a pena-base no mínimo legal, inexistindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, em se tratando de réu primário e com bons antecedentes, não existe razão para negar o regime inicial semiaberto.

9. Ordem de habeas corpus não conhecida. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, para, mantida a condenação, fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente" (HC n. 239.999/MS, **Quinta Turma**, Rel.^a Min.^a **Laurita Vaz**, DJe de 21/8/2014, grifei).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. QUANTIDADE DE DROGAS. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

[...]

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. In casu, a imposição do regime inicial fechado baseou-se, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores. Ademais, sequer foi analisada a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos quanto aos pacientes DEIVID e SIDNEY.

[...]" (HC n. 271.147/SP, Sexta Turma, Rel^a. Min^a. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 26/9/2014, grifei).

Dessa forma, para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos.

Na hipótese, o regime fechado foi mantido com base em considerações vagas e genéricas relativas à gravidade abstrata do crime, em clara violação aos enunciados das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n. 440 desta Corte Superior, configurando-se, assim, o constrangimento ilegal.

Nesse compasso, considerando a primariedade do paciente e o **quantum** de pena estabelecido, forçoso concluir que faz **jus** ao regime **semiaberto** para início de cumprimento de pena, **ex vi** do art. 33, parágrafo 2º, alínea b, e § 3º, do Estatuto Penal.

Ante o exposto, não conheço do **writ**. Contudo, **concedo a ordem de ofício**, para **fixar o regime semiaberto** para o início de cumprimento da pena, mantidos os demais termos da condenação.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0314632-5

HC 540.789 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00936269320188260050 936269320188260050

EM MESA

JULGADO: 19/11/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO JULIANA PASCUTTI FERREIRA DE OLIVEIRA - SP275887
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JHONATAN HENRIQUE DOS SANTOS MARTINS (PRESO)
INTERES.	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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