



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 362.601 - SP (2016/0183205-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : PEDRO LUIZ BUENO DE ANDRADE E OUTROS
ADVOGADO : PEDRO LUIZ BUENO DE ANDRADE E OUTRO(S) - SP174084
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIRCEU DIONIZIO NETO (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). GRAVIDADE ABSTRATA E NATUREZA HEDIONDA DO DELITO. SÚMULA 440/STJ. 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.

2. 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 (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

3. Assentado pelo Tribunal de origem que o paciente se dedica ao tráfico de entorpecentes com amparo em extensas investigações realizadas mediante interceptação telefônica e nas circunstâncias do delito, diante da quantidade de droga apreendida, a alteração 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).

4. A superveniência de decisão absolutória pelo delito do art. 35, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, no julgamento do apelo da defesa, por entender a Corte de origem que não haveria prova do dolo de se associar (vínculo estável e permanente) entres os réus não acarreta, obrigatoriamente, a aplicação da causa de diminuição em apreço, sobretudo quando tal fundamento não foi utilizado para negar o reconhecimento do tráfico privilegiado e a dedicação do paciente ao tráfico de entorpecentes está evidenciada nos autos.

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. Hipótese em que a Corte de origem fixou o regime inicial mais gravoso, com fulcro na gravidade abstrata e natureza hedionda do delito, em manifesta afronta ao entendimento firmado nas Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF.

7. Fixada a sanção corporal em 5 anos de reclusão (art. 33, *caput*, da Lei de Drogas), verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime semiaberto é o cabível para o início do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

8. *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), 21 de março de 2017(Data do Julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 362.601 - SP (2016/0183205-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : PEDRO LUIZ BUENO DE ANDRADE E OUTROS
ADVOGADO : PEDRO LUIZ BUENO DE ANDRADE E OUTRO(S) - SP174084
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIRCEU DIONIZIO NETO (PRESO)

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 **DIRCEU DIONIZIO NETO**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta nos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Em grau recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo da defesa.

Neste *writ*, o impetrante alega manifesto constrangimento ilegal, pela não aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Notícia que, em razão dos fatos apurados nestes autos originários, foram oferecidas denúncias distintas pelos delitos de tráfico de drogas e associação para o tráfico. Contudo, afirma que, sobrevindo decisão absolutória na ação penal, na qual foi a ele imputada a prática do delito tipificado no art. 35 do referido dispositivo legal, não há mais razão para lhe negar o reconhecimento do tráfico privilegiado, uma vez que o próprio Tribunal de origem declarou no apelo interposto pela defesa sua inocência.

Requer, assim, a aplicação da minorante no grau máximo e, por conseguinte, a alteração do regime prisional para o aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

Liminar indeferida (e-STJ, fl. 536).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 579-629).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 694-697).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 362.601 - SP (2016/0183205-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : PEDRO LUIZ BUENO DE ANDRADE E OUTROS
ADVOGADO : PEDRO LUIZ BUENO DE ANDRADE E OUTRO(S) - SP174084
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIRCEU DIONIZIO NETO (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). GRAVIDADE ABSTRATA E NATUREZA HEDIONDA DO DELITO. SÚMULA 440/STJ. 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.

2. 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 (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

3. Assentado pelo Tribunal de origem que o paciente se dedica ao tráfico de entorpecentes com amparo em extensas investigações realizadas mediante interceptação telefônica e nas circunstâncias do delito, diante da quantidade de droga apreendida, a alteração 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).

4. A superveniência de decisão absolutória pelo delito do art. 35, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, no julgamento do apelo da defesa, por entender a Corte de origem que não haveria prova do dolo de se associar (vínculo estável e permanente) entres os réus não acarreta, obrigatoriamente, a aplicação da causa de diminuição em apreço, sobretudo quando tal fundamento não foi utilizado para negar o reconhecimento do tráfico privilegiado e a dedicação do paciente ao tráfico de entorpecentes está evidenciada nos autos.

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. Hipótese em que a Corte de origem fixou o regime inicial mais gravoso, com fulcro na gravidade abstrata e natureza hedionda do delito, em manifesta afronta ao entendimento firmado nas Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF.

7. Fixada a sanção corporal em 5 anos de reclusão (art. 33, *caput*, da Lei de Drogas), verificada a primariedade do 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 §



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3º, do Código Penal.

8. *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 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.

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.

Conforme relatado, o impetrante pugna pela aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, haja vista sua absolvição pelo delito do art. 35, *caput*, do mesmo diploma legal, o que, segundo alega, comprovaria que não há provas do seu envolvimento habitual com a atividade criminosa.

Vejamos.

O Tribunal de origem, ao afastar a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, assim consignou:

Observa-se que o mandado de busca e prisão temporária do réu decorreu de extensas investigações, por meio de interceptações telefônicas, nas quais se apurou que o réu exercia a traficância, nos termos de cópias juntadas no 1º apenso dos autos.

Além disto, o d. magistrado, em suas razões de decidir, incluiu na r. sentença uma outra, referente aos autos nº 212-97.2012, nos quais o réu foi condenado como incurso no art. 35 da Lei de Tóxicos.

Portanto, bem comprovado o exercício da traficância pelo apelante.

[...]

O redator, corretamente, não foi aplicado. Pelas circunstâncias do delito, comprovou-se que o apelante era colaborador do tráfico, vez que encontrado na posse de considerável quantidade de entorpecentes, incompatível com a de mero usuário, bem como a prisão do acusado resultou de extensas investigações para fins de apuração do comércio ilícito.

Redutor de pena se aplica ao traficante eventual, nunca ao contumaz. Traficante eventual, exemplificando, é aquele viciado que fica sem droga para seu consumo, recorrendo, então, a outro amigo viciado que ocasionalmente lhe fornece, a qualquer título, parte de seu entorpecente. (e-STJ, fl. 435).

No julgamento da apelação, ao qual se refere o acórdão impugnado, o Tribunal de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Justiça do Estado de São Paulo reformou a sentença condenatória para julgar improcedente a acusação pelo delito de associação para o tráfico de drogas, nos seguintes termos:

Com relação aos corréus Rogério e Dirceu, é bem de ver que a condenação pelo delito de associação para o tráfico, previsto no artigo 35 da lei especial, não pode subsistir.

Conquanto tenham os policiais civis inquiridos relatado as condições da prisão dos acusados e a circunstância de que elas resultaram do que foi revelado pelas interceptações telefônicas deferidas judicialmente, depois de recebida denúncia anônima sobre tráfico de drogas praticado por Rogério, o que se colhe do conteúdo de degravação dos diálogos monitorados **não esclarece, de maneira estreme de dúvidas, que os réus agiam em conjugação estável de vontades na prática reiterada do tráfico de entorpecente.**

De fato, o conjunto probatório reunido **não se revelou suficiente para o reconhecimento de que esses apelantes realmente teriam se unido em quadrilha organizada, com hierarquia de posições, atuando de maneira estável e permanente, para a prática do comércio de tóxicos, o que afasta a imputação de associação para o tráfico,** porque para a sua caracterização, como já decidiu o Pretório Excelso, "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 35 da Lei 11.343/2006. Doutrina. Precedentes" (HC 137471, 5ª Turma, rei. Ministro Jorge Mussi, j. em 2.09.2010). (e-STJ, fl. 529 – grifo nosso).

Inicialmente, convém destacar que a individualização da pena, como atividade discricionária vinculada do julgador, será revista **apenas** nas hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, quando não observados os parâmetros estabelecidos na legislação de regência e o princípio da proporcionalidade.

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.

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 1.442.055/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 04/08/2015, DJe 18/08/2015).

Na hipótese dos autos, de uma leitura atenta dos trechos acima transcritos, verifica-se que o Tribunal de origem concluiu pela dedicação do paciente ao tráfico ilícito de entorpecentes com fundamento **nas circunstâncias do delito**, uma vez que surpreendido com considerável quantidade de droga, bem como **na prisão em flagrante**, resultado de extensas investigações realizadas mediante interceptação telefônica, autorizadas judicialmente, que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

demonstraram a sua colaboração habitual na atividade criminosa.

Portanto, ao contrário do afirmado pela defesa, a condenação em primeiro grau pelo crime de associação para o tráfico de drogas, reformada pela Corte estadual em decisão absolutória, nos autos nº 212-97.2012, não serviu para justificar a negativa do reconhecimento do tráfico privilegiado.

Desse modo, assentado pelo Tribunal de origem, soberano 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. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Penal.

(HC 325.122/SP, Rel. Min. ERICSON MARANHO (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 (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.)

Impende ressaltar, ademais, que o Tribunal estadual, ao absolver o paciente da imputação do art. 35, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, entendeu que não havia prova da **existência de dolo de se associar** entres os réus, mas, em momento algum, foi afastada a prática do tráfico de entorpecentes, que, em relação a ele se mostra reiterada diante das circunstâncias do delito e das informações colhidas em interceptação telefônica realizadas na ação penal originária desse *mandamus*. Logo, embora seja insuficiente o conjunto probatório para se comprovar o vínculo estável e permanente entre os corréus a fim de subsidiar o decreto condenatório pelo delito de associação para o tráfico de drogas, está evidenciada nos autos a dedicação do paciente ao tráfico de entorpecentes, o que obsta a redução da pena.

Quanto ao regime prisional, melhor sorte assiste ao impetrante.

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, segundo o *quantum* legalmente previsto para a sanção imposta, exige fundamentação idônea e amparada em elementos concretos extraídos dos autos.

Na espécie, o regime inicial fechado foi imposto com base em considerações genéricas acerca da gravidade abstrata e da natureza hedionda do delito, o que não constitui



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentos válidos para a definição do modo mais rigoroso de cumprimento de pena, segundo reiterada jurisprudência desta Corte (HC 327.726/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/12/2015, DJe 16/12/2015; HC 329.872/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO, DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP, SEXTA TURMA, julgado em 03/12/2015, DJe 17/12/2015.)

Portanto, estabelecida a sanção corporal 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. 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**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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: 2016/0183205-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 362.601 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00021999120128260319 12512 1252012 21999120128260319

EM MESA

JULGADO: 21/03/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : PEDRO LUIZ BUENO DE ANDRADE E OUTROS
ADVOGADO : PEDRO LUIZ BUENO DE ANDRADE E OUTRO(S) - SP174084
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIRCEU DIONIZIO NETO (PRESO)

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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