



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 298.865 - SP (2014/0169124-6)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : JOAO MANOEL ARMOA JUNIOR
ADVOGADO : JOÃO MANOEL ARMOA JUNIOR
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCELO FERNANDO LIMA RABELO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. ACUSADO QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. DESCONSTITUIÇÃO DA CONCLUSÃO. INVIABILIDADE. REEXAME DE PROVAS. REGIME FECHADO. PENAS-BASES FIXADAS NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ENUNCIADOS N. 440 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E N. 718 E 719 DA SÚMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, ressaltando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

– A Corte Estadual, com base nas provas produzidas nos autos, entendeu que o acusado dedicava-se à atividade criminosa, circunstância que impede a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006. Para se desconstituir a conclusão, mostra-se necessário o reexame aprofundado do conjunto fático-probatório, providência inviável de ser realizada dentro dos estreitos limites do *habeas corpus*.

– Nos termos do Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, *"fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito"*. No mesmo sentido, são os Enunciados n. 718 e 719 da Súmula do STF. Ressalva do entendimento deste Relator.

– Fixada a pena-base no mínimo legal, ante a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, caracteriza constrangimento ilegal a fixação de regime mais gravoso que o inicialmente previsto em lei com base apenas a gravidade abstrata do crime cometido.

– Mantidas as penas em patamar superior a quatro anos de reclusão, inaplicável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 06 de outubro de 2015(Data do Julgamento).

MINISTRO ERICSON MARANHO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 298.865 - SP (2014/0169124-6)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

IMPETRANTE : JOAO MANOEL ARMOA JUNIOR

ADVOGADO : JOÃO MANOEL ARMOA JUNIOR

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : MARCELO FERNANDO LIMA RABELO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de MARCELO FERNANDO LIMA RABELO contra acórdão proferido no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Depreende-se dos autos que o paciente, inicialmente absolvido da prática do delito de tráfico de drogas, foi condenado em grau de apelação, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, mais multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

Daí o presente *writ*, no qual pugna pela aplicação da mitigadora do tráfico privilegiado em seu grau máximo, pela fixação de regime inicial aberto ou semiaberto e pela substituição da pena.

Nesses termos, requer, liminarmente, pelo direito de aguardar em liberdade o julgamento do presente *writ*.

Indeferida a liminar (fl. 94) e prestadas informações (fls. 97/113), o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da ordem (fls. 117/121).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 298.865 - SP (2014/0169124-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)(Relator):

O presente *habeas corpus* não merece conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio (HC n. 109956, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe 11/9/2012). Contudo, nada impede que, de ofício, se constate a existência de manifesta ilegalidade que implique ofensa à liberdade de locomoção do paciente (HC n. 271.890/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 3/9/2014).

Passo, portanto, à verificação da ocorrência de eventual ilegalidade.

Conforme relatado, busca-se na presente impetração a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º da Lei de Drogas, em seu grau máximo, pela fixação de regime inicial aberto ou semiaberto e pela substituição da pena.

O Juiz de 1º grau absolveu o paciente nestes termos (fls. 51/56):

Posto isso, julgo improcedente a denúncia contra MARCELO FERNANDO LIMA RABELO, RG 48.654.556-8, nascido em 20.07.1992, filho de Edinaldo Lima Rabelo e Lindinalva Silva Rabelo, e o absolvo da imputação de estar incurso nas sanções do artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

O Tribunal *a quo*, por sua vez, deu provimento ao recurso ministerial, para condenar o paciente (fls. 75/86):

Portanto não há que se falar em absolvição, devendo o apelado ser condenação como incurso no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06.

Assim, passo a dosimetria da pena.

Sopesadas as diretrizes estabelecidas no artigo 59, do Código Penal, bem como atento ao que dispõe o artigo 42, da Lei Antidrogas, observando o princípio da individualização das penas, fixo a pena no mínimo legal, em 05 (cinco) anos de reclusão e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no mínimo legal, uma vez que é tecnicamente primário e não possui antecedentes criminais.

Na segunda fase reconheço a atenuante da menoridade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

relativa, porquanto na data do cometimento do crime o réu possuía 18 (dezoito) anos, mas mantenho a pena no mínimo legal, pois diante do enunciado da Súmula nº 231, do Superior Tribunal de Justiça, "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".

Na terceira fase, não há causas de aumento ou diminuição da pena, motivo pelo qual torno a pena definitiva em 05 (cinco) anos de reclusão e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa

Quanto ao redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, o dispositivo faculta ao Magistrado sua concessão, que está livre ainda para estabelecê-lo no patamar que entender adequado, diante da análise do caso concreto, respeitando-se o princípio da individualização da pena.

Em que pese a primariedade do réu, no presente caso não cabe a aplicação do redutor previsto no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/2006, porquanto, a quantidade de drogas, separadas em porções (prontas para venda a terceiros), a quantia em dinheiro (cuja origem não ficou comprovada como lícita), e as demais provas do processo, revelam que o réu se dedicava à atividade criminosa.

Por outro lado, ainda que não se tenha provas exatas sobre a qual organização criminosa pertença o acusado, é certo que para vender drogas em qualquer local ele deve, necessariamente, estar inserido na estrutura da organização criminosa estabelecida naquela região, uma vez que, ainda, não há "livre concorrência" na venda de drogas.

Ora, seria leviano acreditar que o réu simplesmente comprou papелotes de drogas em outro ponto de tráfico, escolheu aquele local, e iniciou o seu "negócio".

Tal conclusão não se trata de suposição ou mera conjectura, pois é de conhecimento público e notório, notícias divulgadas diariamente pela imprensa, a disputa de pontos de venda de drogas entre organizações criminosas rivais.

Assim, é certo que Marcelo Fernando se dedicava às atividades criminosas de tráfico de drogas, bem como há indícios de que integra organização criminosa, sendo impossível a concessão do redutor, previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06.

Nesse sentido já se decidiu o Supremo Tribunal Federal:
(...)

No tocante ao regime prisional, fixo o regime inicial fechado para cumprimento da reprimenda corporal.

Não se desconhece a decisão do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal (Habeas Corpus nº 111.840/ES, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 14.06.2012) que declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º, da Lei de Crimes Hediondos, o qual prevê o cumprimento da pena em regime inicialmente fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados.

Importa consignar que tal decisão deu-se incidentalmente, sem efeito erga omnes.

Ademais, entende esta c. 4ª Câmara Criminal pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicabilidade da referida norma, o que obriga à fixação do regime inicial mais severo, como se retira do teor de recente acórdão da lavra do Eminente Des. Edison Brandão:

"Por fim, mantenho o regime inicial fechado para início do desconto da corporal, sendo o único compatível com o delito, dada a determinação legal em se tratando de crime hediondo (art. 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90).

Cumpra observar que o ilícito do qual ora se trata, equiparado a hediondo, tem como principal engrenagem motora a dependência química e psíquica, principalmente por parte de jovens de diferentes classes sociais, o que acaba por resultar no aumento da criminalidade pelo cometimento de crimes mais graves em prol do sustento de tal vício.

Dai o reconhecimento da alta periculosidade da conduta, de forma que o cumprimento de pena privativa de liberdade em regime fechado permitirá aos réus uma maior recuperação, bem como a importante reflexão quanto ao impacto social e a gravidade de sua conduta" (TJSP AP 0002479-41.2010, Rel. Edison Brandão, j. 02/07/2013).

Por esta razão, mesmo que a quantidade da pena imposta permita que seja estabelecido regime inicial mais benéfico, sempre dependerá, em última análise, do exame da culpabilidade da agente, de seus antecedentes, de sua conduta social, de sua personalidade, bem como dos motivos, das circunstâncias e das consequências do crime, além do comportamento da vítima.

Dessa, forma, diante da análise do caso concreto, consoante os termos dos artigos 59 e 33 do Código Penal, levando-se em consideração a conduta e as gravíssimas consequências causadas à sociedade pelo crime de tráfico de entorpecentes, impõe-se a adoção do regime mais gravoso.

Ademais, modalidade menos severa para o cumprimento da pena se mostra insuficiente e inadequada à repressão do delito.

(...)

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso Ministerial para condenar Marcelo Fernando Lima Rabelo às penas de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no mínimo legal. Com o trânsito em julgado, expeça-se o mandado de prisão.

Como visto, a Corte Estadual, com base nas provas produzidas nos autos, entendeu que o acusado dedicava-se à atividade criminosa, circunstância que impede a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006. Para se desconstituir a conclusão, mostra-se necessário o reexame aprofundado do conjunto fático-probatório, providência inviável de ser realizada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dentro dos estreitos limites do *habeas corpus*.

Confiram-se, a propósito, os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS INDEFERIDO LIMINARMENTE. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS. NÃO PREENCHIMENTO. FALTA DE CABIMENTO DO WRIT.

1. A ilegalidade passível de justificar a impetração do *habeas corpus* deve ser manifesta, de constatação evidente, restringindo-se a questões de direito que não demandem incursão no acervo probatório constante de ação penal.

2. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) ser o agente primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedicar a atividades delituosas; e d) não integrar organização criminosa.

3. No caso, se as instâncias ordinárias entenderam que o paciente não atende aos requisitos legais expressos no referido § 4º, porquanto se dedica a atividade criminosa, não cabe ao Superior Tribunal de Justiça reexaminar as circunstâncias do caso concreto nem o conjunto de provas para chegar a conclusão diversa.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 316.636/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 12/03/2015)

REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. REDUÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. CONDENADA QUE INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA.

1. Este Sodalício, posicionando-se de acordo com o disposto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, entende pela impossibilidade de aplicação da referida minorante quando é reconhecido que o sentenciado integra organização criminosa ou se dedica à prática de atividade delitiva.

2. Rever o posicionamento firmado pelas instâncias de primeiro e segundo graus que, ao analisarem os elementos constantes dos autos, entenderam que a ora agravante integra organização criminosa, demandaria o revolvimento do contexto fático/probatório, inviável em sede de recurso especial em razão do óbice contido na Súmula n. 7/STJ.

(...)

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 315.410/PE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 28/10/2014)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE ENTORPECENTE E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENÇÃO. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA E DE DESCLASSIFICAÇÃO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REVOLVIMENTO DE PROVAS NÃO CONDIZENTE COM O WRIT. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. ALTERAÇÃO DO REGIME E SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem contra acórdão de apelação, como se fosse um sucedâneo recursal nominado.

2. O intento de absolver o paciente pelos delitos aos quais foi condenado e de desclassificar o delito de tráfico para uso de substância entorpecente não se coaduna com a via angusta do writ, pois depende de aprofundamento probatório.

3. O § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

4. Fixado no acórdão da apelação, com base nos fatos, que o paciente se dedica a atividades criminosas, é inviável o reconhecimento da minorante, pois não atende aos requisitos previstos na lei, conclusão que não pode ser alterada na via eleita, por demandar revolvimento fático-probatório.

(...)

7. Writ não conhecido (HC 172.717/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 24/04/2013).

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. TRÁFICO DE DROGAS. 3. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO PARA USO. INVIABILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT. 4. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA EM SEU GRAU MÁXIMO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE AFETO À PRÁTICA DE ATIVIDADES CRIMINOSAS. 5. REGIME INICIAL FECHADO. NATUREZA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 6. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO. 7. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

(...)

3. Tendo as instâncias ordinárias reconhecido expressamente a impossibilidade de aplicação da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sob o fundamento de que o réu se dedica a atividades criminosas, não cabe a esta Corte, na via exígua do mandamus, afastar referida conclusão.

4. Existe constrangimento ilegal, a ser reparado mediante a concessão de habeas corpus de ofício, quando o regime fechado de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cumprimento de pena, no caso de condenação pela prática do delito de tráfico de entorpecentes, é fixado com base apenas no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007.

5. Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando não satisfeito o requisito objetivo previsto no art. 44 do Código Penal.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para determinar que o Juízo da Execução reavalie, à luz do novo entendimento sobre a matéria, o regime inicial de cumprimento da pena imposta ao paciente.

(HC 289.357/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe 28/05/2014)

Quanto ao regime de cumprimento da pena, é possível constatar a existência do alegado constrangimento ilegal, uma vez que a fixação do regime inicial fechado está fundamentado apenas na gravidade em abstrato do delito, tendo em vista que o Tribunal de origem não indicou nenhuma circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente, fixando a pena-base no mínimo legal.

Ocorre que a jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal.

Nesse sentido, foi elaborado o Enunciado n. 440 da Súmula deste Tribunal, *verbis*:

Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Na mesma esteira são os Enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal que, respectivamente, indicam:

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

A mera referência genérica à gravidade abstrata do crime, por si só, não serve para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso, porquanto refere-se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

à situação já prevista no próprio tipo penal.

São precedentes nossos:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRESENÇA DE CONDENAÇÃO DEFINITIVA POR FATO POSTERIOR. EXASPERAÇÃO INDEVIDA DA PENA-BASE. IMPOSIÇÃO DE MAIS SEVERO REGIME PRISIONAL. PENA-BASE REDUZIDA AO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. FIXAÇÃO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. INADMISSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 440/STJ E 718 E 719/STF. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

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

2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a existência de condenação definitiva por fato posterior não se presta a fundamentar validamente o aumento da pena-base. Precedentes.

3. Configura constrangimento ilegal a imposição do regime mais gravoso ao paciente - réu primário, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal -, sem motivação concreta, em virtude, unicamente, da gravidade abstrata do delito. Inteligência das Súmulas 440/STJ, 718 e 719/STF.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir as penas a 3 anos de reclusão e 700 dias-multa, fixando o regime inicial aberto para o cumprimento da pena reclusiva. (HC 216.967/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 23/02/2015)

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. REGIME PRISIONAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO CONTIDA NO § 1º DO ART. 2º DA LEI N. 8.072/90. SÚMULAS 440/STJ, 718 E 719/STF.

1. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (HC n. 111.840/ES), possibilitando aos condenados por crime de tráfico de drogas cumprir pena em regime prisional inicial diverso do fechado.

2. Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito (Súmula 440/STJ).

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 283.157/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

02/04/2014)

PENAL. HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE ABSTRATA. CARÁTER HEDIONDO. INEXISTENTE. PACIENTE PRIMÁRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. DIREITO AO REGIME MENOS GRAVOSO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESTA PARTE, CONCEDIDA.

1. Estabelecida a pena base no mínimo legal, porquanto favoráveis as circunstâncias judiciais, impõe-se a fixação do regime aberto para o inicial cumprimento da reprimenda. In casu, a motivação para a sujeição ao regime mais gravoso foi absolutamente genérica, o que fere o art. 96, IX, da Constituição Federal.

2. O crime de associação para o tráfico não integra o rol legal de crimes equiparados a hediondos, previsto na Lei n.º 8.072/90, sendo impossível a analogia in malam partem com o fito de considerá-lo delito dessa natureza.

3. Inviável a apreciação da questão relativa à substituição de pena, por não ter sido objeto de análise pelo Tribunal de Origem, não podendo ser analisada por esta Corte Superior, sob pena de incidir-se na vedada supressão de instância.

4. Ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, concedida, ratificada a liminar, para estabelecer como regime inicial de cumprimento da reprimenda o aberto (artigo 33, § 2º, alínea "c" e § 3º do Código Penal). (HC 182.882/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 26/03/2012)

Dessa forma, deve ser concedido *habeas corpus* de ofício para fixar, desde logo, regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda.

Por fim, mantidas as penas em patamar superior a quatro anos de reclusão, inaplicável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois não atendidos os requisitos do art. 44, I, do Código Penal.

Diante do exposto, não conheço do *habeas corpus*. Todavia, concedo a ordem de ofício para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0169124-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 298.865 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00358079820108260562 20140000164026 358079820108260562 7112010

EM MESA

JULGADO: 06/10/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JOAO MANOEL ARMOA JUNIOR
ADVOGADO : JOÃO MANOEL ARMOA JUNIOR
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCELO FERNANDO LIMA RABELO

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 habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.