



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 368.485 - SP (2016/0222286-0)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FABIANO BRANDAO MAJORANA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CRISTIANO DOS PASSOS SANTOS

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). QUANTUM DE REDUÇÃO. QUANTIDADE E NATUREZA DAS SUBSTÂNCIAS APREENDIDAS. PROPORCIONALIDADE. MODIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. DETRAÇÃO DO TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR. PENA TOTAL INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. IRRELEVÂNCIA DA APLICAÇÃO DA DETRAÇÃO PARA ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL. GRAVIDADE ABSTRATA E HEDIONDEZ DO DELITO UTILIZADAS PARA FIXAR REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 2º, ALÍNEA "C", DO CP E ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. ART. 44 DO CP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. Os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias para aplicar ao caso concreto a fração de 1/2 (metade) da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, em razão da quantidade e natureza das drogas apreendidas (650g de cocaína e 690g de maconha), estão em consonância com o entendimento desta Corte.

3. É certo que o § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal – CPP, acrescentado pela Lei n. 12.736/2012, determina que o tempo de segregação cautelar deve ser considerado na pena imposta, para o estabelecimento do regime prisional fixado pela sentença condenatória, não se confundindo com o instituto da progressão de regime, próprio da execução penal.

Inexiste ilegalidade apta a ensejar a concessão da ordem no tocante à detração do tempo de prisão cautelar para fins de fixar o regime prisional, uma vez que o paciente foi condenado a uma pena inferior a 4 (quatro) anos, não havendo, desse modo, possibilidade de alteração do regime inicial fixado tão somente em razão do *quantum* de pena aplicado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Assim, o regime prisional, nesses casos, deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do CP.

Firmou-se nesta Corte a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal ou em outra situação que demonstre efetivamente um plus na gravidade do delito.

Ainda que as circunstâncias judiciais tenham sido consideradas favoráveis e o paciente seja primário, a quantidade e a natureza das drogas apreendidas – *650g de cocaína e 690g de maconha* – foram utilizadas, na terceira fase da dosimetria, para modular a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º da Lei de Drogas, restando justificada a segregação inicial em regime mais gravoso. Todavia, considerando o *quantum* da pena aplicada – 2 anos e 6 meses de reclusão –, o regime mais gravoso na hipótese é o semiaberto, consoante disciplina o art. 33, § 2º, "c", e § 3º do CP.

5. O col. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 97.256/RS declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. Com efeito, desde que preenchidos os requisitos previstos no art. 44 do CP, os condenados por tráfico de drogas podem se beneficiar da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

As instâncias ordinárias, após estabelecer a pena do paciente em 2 anos e 6 meses de reclusão, negou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos com base na vedação legal declarada inconstitucional e na natureza hedionda do delito, o que destoava da jurisprudência desta Corte Superior.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena e determinar ao Juízo das Execuções Criminais que aprecie, como entender de direito, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos moldes do art. 44 do CP.

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 de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 20 de outubro de 2016(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 368.485 - SP (2016/0222286-0)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FABIANO BRANDAO MAJORANA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CRISTIANO DOS PASSOS SANTOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em benefício de CRISTIANO DOS PASSOS SANTOS, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0000207-09.2015.8.26.0540).

O Juízo de primeiro grau condenou o paciente à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, e § 4º, da Lei n. 11.343/06 (tráfico de entorpecentes na forma privilegiada).

Em apelação interposta pela defesa, o Tribunal de origem afastou as preliminares e negou provimento ao recurso.

No presente *writ*, a impetrante sustenta que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, pois, embora primário, possuidor de bons antecedentes e não integrar organização criminosa, as instâncias ordinárias deixaram de aplicar a fração máxima da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, sem, contudo, apontar elementos concretos para afastar a totalidade do privilégio.

Aduz que deveria ter sido efetuada a detração do tempo de prisão cautelar para fixar o regime prisional, consoante dispõe o art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal. Alega, ainda, que a hediondez e a gravidade abstrata do delito de tráfico não são fundamentos idôneos para justificar o regime prisional mais gravoso.

Sustenta, por fim, que o paciente preenche os requisitos previstos no art. 44 do Código penal, devendo a pena privativa de liberdade ser substituída por restritiva de direitos.

Desse modo, requer a redução da pena do paciente e a fixação do regime inicial aberto para cumprimento da pena, com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 64/65).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Informações prestadas pelas instâncias ordinárias (fls. 76/92 e 94/180).

O Ministério Público Federal manifestou-se *pelo não conhecimento do mandamus, de acordo com o novo entendimento jurisprudencial pela racionalização do uso do remédio constitucional, por ter sido manejado em substituição a recurso especial. No entanto, constatada manifesta ilegalidade, a ordem merece ser concedida de ofício* para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena (fls. 186/189).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 368.485 - SP (2016/0222286-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, a aplicação da causa redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas em seu grau máximo de 2/3 (dois terços) e a fixação do regime inicial aberto para cumprimento da pena, com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O Juízo de primeiro grau aplicou a pena e fixou o regime inicial fechado, sob os seguintes fundamentos:

[...]

*Passo à dosimetria da pena. Orientado pelas diretrizes fixadas pelo art. 59 do Código Penal, que não prejudicam o réu, **fixo a pena base no mínimo legal**, isto é, em 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa. Na segunda fase da aplicação da reprimenda, não existindo circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem sopesadas, mantenho a pena anteriormente fixada. Por fim, **na terceira e última fase, diante da incidência da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, reduzo a pena de metade**, para fixar definitivamente ao réu a pena de dois anos e seis meses de reclusão e pagamento de duzentos e cinquenta dias-multa. **A diminuição da pena no patamar de metade se justifica em razão da quantidade considerável de entorpecente apreendida com o réu, ou seja, 650g de cocaína e 690g de maconha. O regime inicial que mais se ajusta ao cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada ao réu, dada a gravidade do crime perpetrado, é o fechado, até porque há previsão legal expressa nesse sentido, consoante se extrai do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, modificada pela Lei nº 11.464/07. Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, já que o crime de tráfico de entorpecentes é assemelhado a hediondo e, no entender deste magistrado, o regime inicial fechado, previsto em lei para este tipo de delito, é incompatível com tal benefício. [...]** (fls.28/29).*

O Tribunal a quo, por sua vez, negou provimento ao apelo defensivo, mantendo a sentença condenatória. Transcrevo, no ponto, o seguinte fragmento do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acórdão:

[...]

A pena-base foi, corretamente, estabelecida no mínimo legal.

Na terceira fase, o réu certamente foi beneficiado com a redução prevista no artigo 33, § 4º, da supracitada Lei, no patamar médio, ou seja, metade (1/2), tendo em vista a grande quantidade das drogas. Aliás, a própria concessão do §4º já seria discutível. Porém, ausente recurso do Ministério Público, nada pode ser feito aqui.

Sendo assim, a pena finalizou em dois (02) anos e seis (06) meses de reclusão, e multa de duzentos e cinquenta (250) diárias, no valor unitário mínimo.

O regime prisional inicial fechado foi fixado com absoluto acerto, não só por determinação legal - artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07 - como, também, pela gravidade do crime, de catastróficas consequências à saúde pública, e responsável, também, pela desagregação familiar e social.

O crime de tráfico de entorpecentes é equiparado aos delitos hediondos, portanto os mais graves dentre os elencados no Código Penal e em Leis Especiais.

Logo, soa, no mínimo, incongruente a fixação de regime diverso do fechado para o crime de tráfico de drogas.

Há, como é de sabença, crimes graves, mas que não são tidos como hediondos, como, por exemplo, o de roubo agravado, o de homicídio simples, dentre outros.

Mas há os considerados hediondos.

Hediondo quer significar horrendo, gravíssimo, repulsivo, absolutamente intolerável.

Ora, sendo assim, como aplicar-se para um crime hediondo, como o tráfico de entorpecentes, regime que não o inicial fechado?

O traficante, perante a lei penal tal como está em vigor, é tido como um pária da sociedade, que destrói, não só a saúde das pessoas, especialmente a dos jovens, deixando muitos deles incapacitados para estudar ou mesmo trabalhar, pois é sabido que a cocaína e o "crack", por exemplo, além de causarem dependência, destroem os neurônios, como ainda arrasam os patrimônios das famílias, com gastos desmesurados com tratamentos e, internações e o que é pior: com mínimas chances de recuperação.

Bem por isso que se trata de crime hediondo.

A sociedade não tolera o traficante, não podendo o Poder Judiciário fazer ouvidos moucos ao clamor social.

O legislador, com a edição da Lei nº 11.343/06, passou a punir o tráfico de forma mais severa exatamente por que o Poder Legislativo percebeu, sentiu que o tecido social estava se esgarçando cada vez mais e que os valores deveriam ser preservados.

Uma sociedade repleta de viciados e dependentes é uma sociedade que caminha a passos largos para sua própria destruição com



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o prejuízo de todos, menos dos traficantes que, com o dinheiro e patrimônio amealhados de forma criminosa, poderão deixar o País e mudarem-se para outros lugares, onde, com certeza, passarão a destroçar outras sociedades, outras inúmeras famílias.

Em suma, a sociedade e o Brasil como um todo é o que menos os preocupa.

O Poder Judiciário tem que, igualmente, dar o exemplo, tal como procedeu o Legislativo.

Bem por isso que a substituição por restritivas de direito é absolutamente inadmissível.

Como aplicar ao traficante, por exemplo, a prestação de serviços à comunidade se ele, exatamente, não presta serviço social algum. Ao contrário, só destrói a sociedade em que ele vive!

O tráfico de entorpecentes, por se tratar de crime equiparado aos hediondos, não admite a pretendida substituição. Tanto é que a lei penal impõe o regime inicial fechado. Em liberdade, óbvio que o agente irá continuar exercendo o nefando comércio. Nem a mais ingênua das pessoas iria acreditar no contrário!

Eventual detração penal ou progressão de regime é matéria que deve ser enfrentada, oportunamente, e em sede própria, ou seja, perante o Juízo das Execuções Criminais. [...] (fls. 58/61).

Inicialmente, cumpre ressaltar que aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 depende do convencimento do Magistrado de que o apenado, primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades delituosas nem integre organização criminosa.

In casu, o entendimento consignado pelas instâncias ordinárias está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior, firmada no sentido de que, na escolha do *quantum* de redução da pena em razão da incidência do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, o Juiz deve levar em consideração a quantidade e a natureza das substâncias apreendidas, por expressa previsão legal (art. 42 da Lei n. 11.343/06).

Nesse sentido:

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

[...]

- Deve ser mantida a fração redutora de 1/6, pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reconhecimento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando o acórdão, dentro da discricionariedade permitida por lei, fundamenta, concretamente, na quantidade e natureza da droga apreendida.

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

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

- Habeas corpus não conhecido.

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

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. **ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. MAIOR REPROVABILIDADE DO FATO. PERCENTUAL DE REDUÇÃO DE PENA. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO NA PRESENTE VIA. VERBETE SUMULAR N.º 7/STJ. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. FUNDAMENTO IDÔNEO PARA DETERMINAR A FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DESTA CORTE SUPERIOR. VEDAÇÃO DO ENUNCIADO N.º 83 DA SÚMULA DO STJ. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.**

1. No tocante à causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas, o legislador se ateve a fixar os pressupostos para a sua incidência deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para escolha entre a menor e a maior frações indicadas no referido dispositivo legal, cabendo ao julgador, atento às singularidades do caso concreto, dosar o decréscimo.

2. **A redução no patamar de 1/6 (um sexto) foi fixado com base em elementos extraídos dos autos que indicaram a maior reprovabilidade da conduta, evidenciada na quantidade e natureza do entorpecente encontrado em poder dos insurgentes.** Inviabilidade de revisão do quantum eleito na presente via na ausência de ilegalidade manifesta. Enunciado Sumular n.º 7/STJ.

3. Ademais, **este Superior Tribunal de Justiça entende que a quantidade ou qualidade da droga apreendida pode ser utilizada como fundamento para a determinação da fração de redução da pena com base no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, circunstância que evidencia a impossibilidade de admissão do apelo nobre em razão da incidência da vedação do Verbetes Sumular n.º 83/STJ, também aplicável ao recurso especial interposto com fundamento na alínea a do permissivo constitucional.**

4. Agravo a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 718.015/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

QUINTA TURMA, DJe 28/03/2016).

Ademais, a reforma do entendimento consignado pelas instâncias ordinárias no que se refere ao *quantum* de redução aplicado constitui matéria que refoge ao restrito escopo do *habeas corpus*, porquanto demanda percuente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA QUE JUSTIFICA A FRAÇÃO INTERMEDIÁRIA (1/2) UTILIZADA. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA HEDIONDEZ DO CRIME. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA QUANTO AO REGIME MAIS GRAVOSO. PENA INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- ***Deve ser mantida a fração redutora de 1/2, pelo reconhecimento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando a sentença e o acórdão recorridos, dentro da discricionariedade permitida por lei, fundamentam o patamar escolhido, concretamente, na quantidade e variedade das drogas apreendidas, quais sejam, 50,0g de maconha, 21,6g de cocaína e 9,7g de crack. Ademais, alterar a conclusão a que chegou as instâncias ordinárias implica, sem dúvida, revolver o acervo fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus.***

[...]

- *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto (HC 310.789/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 28/03/2016).*

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. NATUREZA DA DROGA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA NÃO EVIDENCIADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. VALOR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FIXADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA.

[...]

3. In casu, o estabelecimento do redutor na fração de 1/2 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. O quantum de redução aplicado fica indene ao crivo do habeas corpus, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

[...]

5. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar o retorno dos autos ao Tribunal a quo, a fim de que se proceda à adequada fundamentação no que concerne ao quantum fixado a título de prestação pecuniária (HC 354.491/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 13/06/2016).

Sobre o detração do tempo de prisão cautelar, é certo que o § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal, acrescentado pela Lei n. 12.736/2012, determina que o tempo de segregação antecipada deve ser considerado na pena imposta, para o estabelecimento do regime prisional fixado pela sentença condenatória, não se confundindo com o instituto da progressão de regime, próprio da execução penal. Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. ROUBO E CORRUPÇÃO DE MENORES. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. DETRAÇÃO DO TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR. NECESSIDADE. ART. 387, § 2º, DO CPP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

[...]

II - O tempo de prisão cautelar deve ser considerado para a determinação do regime inicial de cumprimento de pena, consoante determina o artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.736/2012. Compete, portanto, ao próprio magistrado que proferir sentença condenatória computar o tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, para, então, fixar o regime de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida, de ofício, para determinar às instâncias ordinárias que apreciem a possibilidade de detração do tempo de prisão cautelar (HC 350.756/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 05/05/2016)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS
SUBSTITUTIVO DE RECURSO. FURTO DUPLAMENTE
QUALIFICADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL.

REINCIDÊNCIA. REGIME SEMIABERTO.
CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. DETRAÇÃO
DE REGIME. ORDEM NÃO CONHECIDA E HABEAS CORPUS
CONCEDIDO DE OFÍCIO.

[...]

3. **Com o advento da Lei n. 12.736/2012, o Juiz processante, ao proferir sentença condenatória, deverá detrair o período de custódia cautelar para fins de fixação do regime prisional. Forçoso reconhecer que § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal não versa sobre progressão de regime prisional, instituto próprio da execução penal, mais, sim, acerca da possibilidade de se estabelecer regime inicial menos severo, descontando-se da pena aplicada o tempo de prisão cautelar do acusado.**

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Juízo processante avalie a possibilidade de fixação de regime prisional menos severo, considerando o instituto da detração (HC 347.884/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 03/05/2016).

No presente caso, entretanto, embora seja inidônea a fundamentação que atribui ao Juízo da Execução Penal a aplicação do instituto da detração prevista no art. 387, § 2º, do CPP, no caso concreto, inexistente flagrante ilegalidade apta a ensejar a concessão da ordem no tocante à detração do tempo de prisão cautelar para fins de fixar o regime prisional inicial, uma vez que o paciente foi condenado a uma pena inferior a 4 (quatro) anos, não havendo, desse modo, possibilidade de alteração do regime inicial fixado tão somente em razão do *quantum* de pena aplicado.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO.
INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. RECEPÇÃO. REGIME
PRISIONAL. PENA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO.
REINCIDÊNCIA E CIRCUNSTÂNCIA CONCRETA QUE REVELA
MAIOR DESVALOR DA AÇÃO. SÚMULA 269/STJ. NÃO APLICAÇÃO.
ART. 387, § 2º, DO CPP. DETRAÇÃO. CRITÉRIO OBJETIVO. PENA
FIXADA EM PATAMAR INFERIOR A 4 ANOS. REGIME MAIS
GRAVOSO COM BASE NA REINCIDÊNCIA E CIRCUNSTÂNCIA
CONCRETA DESFAVORÁVEL. IRRELEVÂNCIA DO EVENTUAL
APROVEITAMENTO DO TEMPO DE PRISÃO PROVISÓRIA.
CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS
CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. No que toca à pretendida aplicação da norma prevista no § 2º do art. 387 do Código de Processo Civil, é possível identificar que os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias não são idôneas, na medida em que simplesmente remetem para a execução penal a análise da detração, mediante a alegada necessidade de aferição do elemento subjetivo, próprio da progressão de regime, o que contraria o expreso comando normativo e a jurisprudência desta Corte.

5. O cômputo da prisão provisória para efeito de fixar o regime inicial, conforme o comando do § 2º do art. 387 do CPP, demanda análise objetiva sobre a eventual redução da pena para patamar mais brando, dentre as balizas previstas no § 2º do art. 33 do Código Penal.

6. No caso, a pena já se encontrava em patamar não superior a 4 anos de reclusão, sendo fixado o regime inicial fechado em virtude da reincidência e existência de circunstância judicial desfavorável, razão pela qual a efetiva detração de eventual pena cumprida de forma provisória seria irrelevante.

7. Habeas corpus não conhecido (HC 347.133/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 02/05/2016).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ART. 289, § 1º, DO CP. MOEDA FALSA. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. DETRAÇÃO DO TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR. NECESSIDADE. ART. 387, § 2º, DO CPP. REGIME INICIAL SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MAUS ANTECEDENTES. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA RECUSA DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. DEFICIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO.

I - O tempo de prisão cautelar deve ser considerado para a determinação do regime inicial de cumprimento de pena, consoante determina o artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.736/2012.

II - Todavia, a despeito do montante final da pena (4 anos de reclusão) autorizar, a princípio, o regime aberto e, mesmo considerando a redução do tempo de prisão em decorrência da detração, depreende-se da dosimetria realizada que as circunstâncias judiciais são desfavoráveis ao recorrente, que possui maus antecedentes, o que justifica o agravamento do regime prisional, para o semiaberto, consoante orientação do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

III - A pacífica jurisprudência deste Tribunal estabelece que as condenações alcançadas pelo período depurador de 05 anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem a configuração de maus antecedentes, permitindo o aumento da pena-base acima do mínimo legal, o que ocorreu na espécie.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IV - A defesa não fez juntar cópia do decreto originário de prisão preventiva, peça indispensável para a verificação da idoneidade da motivação da manutenção da segregação cautelar, de maneira que não é possível conhecer do recurso nessa parte, por deficiência de instrução (cf. RHC n. 55.604/SP, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe de 27/11/2015).

Recurso ordinário parcialmente conhecido e, nessa parte, provido, para determinar às instâncias ordinárias que apreciem a possibilidade de detração do tempo de prisão cautelar (RHC 66.436/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 06/05/2016)

Por outro lado, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Assim, o regime prisional, nesses casos, deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do CP.

Assim, firmou-se neste Tribunal a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do CP ou em outra situação que demonstre efetivamente um plus na gravidade do delito. Nesse sentido, foi elaborado o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, bem como os enunciados n.718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. Confira-se:

Súmula 440/STJ: "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 718/STF: "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."

Súmula 719/STF: "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."

Na hipótese dos autos, encontra-se evidenciado o constrangimento ilegal na fixação do regime prisional, uma vez que as instâncias ordinárias, após estabelecer



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a pena corporal em 2 anos e 6 meses de reclusão, fixou o regime inicial fechado.

Entretanto, mesmo se afaste a fundamentação elencada pelo Tribunal de origem na fixação do regime inicial – hediondez e gravidade abstrata do delito –, e ainda que as circunstâncias judiciais tenham sido consideradas favoráveis e o paciente seja primário, a quantidade e a natureza das drogas apreendidas foram utilizadas, na terceira fase da dosimetria, para modular a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º da Lei de Drogas, restando justificada a segregação inicial em regime mais gravoso. Todavia, considerando o *quantum* da pena aplicada – 2 anos e 6 meses de reclusão –, o regime mais gravoso na hipótese é o semiaberto, consoante disciplina o art. 33, § 2º, "c", e § 3º do CP.

A corroborar esse raciocínio:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE CONDENADA A 3 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. NATUREZA DA DROGA - CRACK. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. BENEFÍCIO NEGADO EM VIRTUDE DA NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...].

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

- Para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso do que comporta a pena, é necessário fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.

- **Na hipótese, o acórdão recorrido fundamentou a necessidade do regime fechado com base na nocividade da droga objeto do delito de associação para o tráfico, qual seja, o crack.**

- **Embora válido o fundamento para o recrudescimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado à ré primária, condenada a pena reclusiva não superior a 4 anos, fazendo jus a paciente ao regime intermediário, qual seja, o semiaberto. Precedentes desta Corte.**

- Ao analisar o HC n. 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir a possibilidade de substituição da pena privativa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, reconhecendo a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, por meio da Resolução n. 5/2012.

- De outro lado, nos termos do fixado pela jurisprudência desta Corte, a quantidade e a natureza da droga apreendida podem, ao lado dos demais elementos constantes do processo, interferir na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

- Hipótese em que o acórdão recorrido, de forma fundamentada, entendeu pela inadequação da substituição, porquanto a paciente foi condenada por associação criminosa voltada para o tráfico de crack, cuja nocividade não recomenda a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, consoante o disposto no art. 44, III, do CP, não havendo, portanto, qualquer ilegalidade na negativa da benesse.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto (HC 345.968/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 31/05/2016).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL. PRIMARIEDADE. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PENA INFERIOR A 4 ANOS. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO. GRAVIDADE CONCRETA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. Quanto ao regime fechado, o magistrado sentenciante baseou-se apenas na gravidade abstrata do delito, em ofensa ao Enunciado n. 440 da Súmula do STJ. Embora a primariedade do paciente, a inexistência de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP) e o quantum de pena (art. 33, § 2º, "c", do CP) permitam, em tese, a fixação do regime aberto; a quantidade de droga apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/06) demonstra a gravidade acentuada do delito, justificando a imposição do regime inicial semiaberto.

3. Apesar da fundamentação inidônea apresentada pelas instâncias ordinárias, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a gravidade concreta, evidenciada pela natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos, constitui elemento indicativo de que a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não seja suficiente para a prevenção e repressão do delito no caso concreto.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, ratificando a liminar, fixar o regime inicial semiaberto (HC 354.029/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe 02/06/2016).

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. AGRAVANTE CONDENADO À PENA DE 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A 4 ANOS. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE NÃO RECOMENDAM O BENEFÍCIO.

1. Nos termos do entendimento firmado por esta Corte Superior de Justiça, a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar a imposição do regime mais severo.

2. Estabelecida a pena definitiva em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, verificadas as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade da agente, e considerada a natureza e a quantidade de entorpecente apreendido, 489 g de maconha, o regime semiaberto é o adequado à prevenção e reparação do delito.

3. Ainda que o quantum de pena fixado seja inferior a 4 (quatro) anos, a quantidade e a nocividade do entorpecente apreendido não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

4. Agravo regimental improvido (AglInt no AREsp 701.848/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 25/05/2016).

Por fim, quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o col. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 97.256/RS declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. Com efeito, desde que preenchidos os requisitos previstos no art. 44 do CP, os condenados por tráfico de drogas podem se beneficiar da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Esse tem sido o entendimento da Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. VALORAÇÃO NEGATIVA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. CRITÉRIO SUFICIENTE PARA FIXAR REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO E NEGAR A SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DIREITOS. PACIENTE PRIMÁRIO, CONDENADO À PENA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INTERMEDIÁRIO. ADEQUAÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

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 partir do julgamento do HC 97.256/RS pelo STF, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, o benefício da substituição da pena passou a ser concedido aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto (HC 337.625/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 13/04/2016).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, E § 4º, DA LEI 11.343/2006. DOSIMETRIA DA PENA. ABRANDAMENTO DE REGIME INICIAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REGIME INICIAL FECHADO EM RAZÃO DA HEDIONDEZ DO DELITO. INCONSTITUCIONALIDADE. ANÁLISE DOS ARTIGOS 33, §2º, ALÍNEA C, E §3º, DO CÓDIGO PENAL E 42 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REGIME SEMIABERTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

III - O col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 - com redação dada pela Lei nº 11.464/07. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§2º e 3º do Código Penal.

IV - A definição do regime prisional para os condenados por tráfico de entorpecentes deve seguir a sistemática estabelecida no art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do Código Penal. Contudo, o art. 42 da Lei n. 11.343/2006 estabelece que "o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e conduta social do agente". Assim, tratando-se de uma circunstância judicial preponderante, a natureza e a quantidade de entorpecente, ainda que aplicada na terceira fase, poderá ser utilizada para justificar a imposição de um regime prisional mais gravoso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

V - Revela-se adequado na hipótese, consoante o disposto nos artigos 33, §§2º e 3º, do Código Penal, e artigo 42 da Lei 11.343/2006, a imposição do regime inicial semiaberto ao paciente, condenado à pena inferior a 4 (quatro) anos, primário, ostentando condições judiciais desfavoráveis.

VI - **O Pretório Excelso, nos termos da r. decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do HC n. 97.256/RS, ao considerar inconstitucional a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, contida no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06 - cuja execução foi suspensa pelo Senado Federal (Resolução n. 5 de 16/2/2012) -, permitiu a concessão da benesse legal aos condenados pelo crime de tráfico de drogas desde que preenchidos requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.**

VII - Na espécie, a redutora de tráfico eventual não foi aplicada no patamar máximo em razão da existência de circunstância judicial desfavorável, no caso, a quantidade e variedade das drogas que, a teor do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, deve inclusive preponderar sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. Dessa forma, o paciente não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, a teor do disposto no art. 44, inciso III, do CP.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para confirmar a liminar e fixar o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena imposta ao paciente (HC 343.528/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 29/03/2016).

No caso dos autos, os fragmentos acima transcritos revelam que as instâncias ordinárias, após estabelecer a pena do paciente em 2 anos e 6 meses de reclusão, negou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos com base na vedação legal declarada inconstitucional e na natureza hedionda do delito, o que destoava da jurisprudência desta Corte Superior.

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do *habeas corpus* e pela concessão da ordem, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena e determinar ao Juízo das Execuções Criminais que aprecie, como entender de direito, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0222286-0

HC 368.485 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00002070920158260540 20160000422949 2070920158260540

EM MESA

JULGADO: 20/10/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: FABIANO BRANDAO MAJORANA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: CRISTIANO DOS PASSOS SANTOS

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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.