



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 333.864 - SP (2015/0206592-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : LUIZ ADEMARO PINHEIRO PREZIA JUNIOR
ADVOGADO : LUIZ ADEMARO PINHEIRO PREZIA JÚNIOR
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WENDEL WEMBLEY BALDUINO DE SOUZA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990. FUNDAMENTO INVÁLIDO. DISPOSITIVO DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF. DESPROPORCIONALIDADE. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO. DIVERSIDADE E NATUREZA DA DROGA VALORADOS NA TERCEIRA FASE. REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, é manifestamente ilegal a imposição do regime prisional mais severo com base, exclusivamente, no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/6/2012).

3. Estabelecida a pena definitiva em 2 (dois) anos de reclusão, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime semiaberto (previsto como o imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o suficiente à prevenção e à reparação do delito, considerada a natureza e a variedade das drogas apreendidas (63 *eppendorfs* contendo 57,6 gramas de cocaína, 12 invólucros plásticos contendo 13,7 gramas da mesma droga, além de 13 "trouxinhas" contendo 32,8 gramas de maconha), elencadas como circunstâncias prevalecentes, a teor dos arts. 33 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedente.

4. Não se mostra socialmente recomendável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista a natureza e a diversidade da droga apreendida com o paciente, que denotam contornos de maior gravidade ao tráfico ilícito de drogas. Precedente.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus* e conceder a ordem, de ofício, nos termos do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de março de 2016(Data do Julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 333.864 - SP (2015/0206592-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : LUIZ ADEMARO PINHEIRO PREZIA JUNIOR
ADVOGADO : LUIZ ADEMARO PINHEIRO PREZIA JÚNIOR
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WENDEL WEMBLEY BALDUINO DE SOUZA (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **WENDEL WEMBLEY BALDUINO DE SOUZA** contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 (dois) anos de reclusão, a ser inicialmente cumprida em regime fechado, por infração ao art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ, fls. 18-21).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento à apelação do réu (e-STJ, fls. 13-17).

Inconformado com o acórdão, o seu defensor impetrou, nesta Corte, o *habeas corpus* em análise, sustentando, em síntese, que: a) "a determinação do regime inicial fechado e a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, foram fundamentadas, pela sentença, exclusivamente no caráter hediondo do delito de tráfico de entorpecentes e na vedação legal à substituição da pena, prevista nos arts. 33, § 4º, e 44 da Lei 11.343/2006"; b) "o juízo de primeiro grau aplicou ao Paciente o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, quase em seu grau máximo, tendo em vista o preenchimento, pelo Paciente, dos requisitos legais"; c) "a questão concernente ao regime inicial para o cumprimento da pena reclusiva, em crime de tráfico de entorpecentes, foi objeto de julgamento, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC 111.840/ES, em 27/06/2012, ocasião em que foi declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, na redação da Lei 11.464/2007, sendo afastada, assim, a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado, aos condenados por crimes hediondos ou equiparados"; d) "o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 97.256/RS, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei 11.343/2006, na parte relativa à proibição da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos" (e-STJ, fls. 1-11).

Requer a concessão da ordem para que seja fixado, inicialmente, o regime aberto e substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi deferida pelo então relator, Ministro Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJSC), para que o paciente aguardasse o julgamento do mérito deste *habeas corpus* no regime semiaberto (e-STJ, fls. 25-29).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem (e-STJ, fls. 88-90).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 333.864 - SP (2015/0206592-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : LUIZ ADEMARO PINHEIRO PREZIA JUNIOR
ADVOGADO : LUIZ ADEMARO PINHEIRO PREZIA JÚNIOR
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WENDEL WEMBLEY BALDUINO DE SOUZA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990. FUNDAMENTO INVÁLIDO. DISPOSITIVO DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF. DESPROPORCIONALIDADE. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO. DIVERSIDADE E NATUREZA DA DROGA VALORADOS NA TERCEIRA FASE. REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, é manifestamente ilegal a imposição do regime prisional mais severo com base, exclusivamente, no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/6/2012).
3. Estabelecida a pena definitiva em 2 anos de reclusão, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime semiaberto (previsto como o imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o suficiente à prevenção e à reparação do delito, considerada a natureza e a variedade das drogas apreendidas (63 *eppendorfs* contendo 57,6 gramas de cocaína, 12 invólucros plásticos contendo 13,7 gramas da mesma droga, além de 13 "trouxinhas" contendo 32,8 gramas de maconha), elencadas como circunstâncias prevalecentes, a teor dos arts. 33 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedente.
4. Não se mostra socialmente recomendável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista a natureza e a diversidade da droga apreendida com o paciente, que denotam contornos de maior gravidade ao tráfico ilícito de drogas. Precedente.
5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

VOTO

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Conforme relatado, o paciente foi condenado à pena de 2 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 200 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, porque trazia consigo, para fins de mercancia, 63 *ependorfs* contendo 57,6 gramas de cocaína, 12 invólucros plásticos contendo 13,7 gramas da mesma droga, além de 13 “trouxinhas” contendo 32,8 gramas de maconha, sem autorização e em desacordo com determinação legal.

O Juízo sentenciante estabeleceu o regime fechado para o cumprimento da pena reclusiva e negou a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, em decisão assim fundamentada:

"A redução da sanção, indicada no § 4º, do artigo 33 da lei nº 11.343/06, que dispõe que as penas referentes a este artigo poderão sofrer redução de um sexto a dois terços, caso seja o agente primário, de bons antecedentes, e não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa, deve ser aplicada, posto ser o caso do ora imputado. A redução deve se dar no patamar de três quintos, pois a quantidade de drogas não é grande, a despeito de estar longe de ser mínima. Afasto a desclassificação para porte de droga para uso próprio, outrossim, eis que bem demonstrado o narcotráfico. Na fixação da pena do tráfico de drogas, atento às circunstâncias do caso em tela, e ao que dispõe o artigo 59 do Código Penal, deve a sanção ser fixada no mínimo legal, perfazendo pena de cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa no valor unitário mínimo legal, à míngua de maiores informações sobre a capacidade econômica do réu. A pena deve ser ratificada no mínimo pelas atenuantes da confissão e da menoridade relativa.

Reduzo, por fim, a sanção de três quintos, com pena final de um dois anos de reclusão e duzentos dias multa.

Ante o exposto e o que mais consta dos autos, Julgo PROCEDENTE a denúncia para CONDENAR, como CONDENO, o réu WENDEL WEMBLEY BALDUINO DE SOUZA, qualificado nos autos, dando-o como incurso no artigo 33, *caput*, da lei nº 11.343/06, a cumprir a pena de 2 (dois) anos de reclusão e 200 (duzentos) dias-multa no valor unitário mínimo legal. O delito de tráfico de drogas é equiparado, por lei, a crime hediondo, sendo intrinsecamente grave e especialmente deletério à sociedade no que concerne à saúde pública, devendo o réu iniciar cumprimento de pena em regime fechado, por prazo diferenciado, como determina a lei própria (dois quintos da sanção). Não obstante tenha sido suprimida expressão legal que vedava, abstratamente, a pena restritiva de direito na lei antidrogas, o fato é que se trata mesmo de delito equiparado, por força de lei, reputada de todo constitucional, aos crimes hediondos. Eis a justa e clara motivação para que haja início de cumprimento de pena em regime fechado, que no caso em tela não se coaduna, juridicamente e até por lógica formal, com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Tal compreensão, advinda do próprio direto comando da lei, é ainda reforçada pela adição da súmula 512, do E. Superior Tribunal de Justiça, que aduz não perder o delito de tráfico de drogas o caráter de hediondez pela aplicação da redução da pena na hipótese do §4º do art. 33,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da lei antidrogas.
[...]” (e-STJ, fls. 20-21.)

A Corte de origem, negou provimento ao apelo da defesa, nos seguintes termos:

“[...]

A pena imposta, cuja base foi fixada no mínimo legal, e, a seguir, reduzida de 3/5 (três quintos) pela aplicação da causa especial de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, sem recurso ministerial, não comporta reparos. Anoto que a atenuante da menoridade relativa não tem o condão de reduzir a pena-base a quem do mínimo legal Súmula 231 do STJ. Nesse passo, anoto também que o apelante não confessou a prática do delito, porquanto, apesar de ter admitido que trazia consigo a pochete onde estavam acondicionadas as drogas, afirmou ter se dirigido ao local do fato apenas para adquirir drogas, e lá recebeu, de um traficante, os entorpecentes apreendidos para que os guardasse durante a ausência dele, quando, na verdade, como já visto, os fatos se deram de forma diversa. E, para efeito de atenuação da pena, não basta a confissão parcial.

Por outro lado, é incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou multa, bem como a concessão do sursis, por se tratar de crime equiparado a hediondo (Súmula nº 512 do STJ) e por expressa vedação legal, artigo 44 da Lei nº 11.343/06, que não possui qualquer inconstitucionalidade, uma vez que a Carta Magna preconizou o tratamento mais rigoroso aos crimes hediondos ou a eles equiparados (art. 5º, inciso XLIII, da CF).

E, comprovado o tráfico ilícito de drogas pelo apelante, o perdimento do valor apreendido deve ser mantido, por se tratar de produto do crime, nos termos do artigo 63, *caput*, da Lei de Drogas.

Por fim, o regime prisional inicial fixado é o legal (artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07). Anoto que referido dispositivo legal também não padece de qualquer vício de inconstitucionalidade, mesmo porque a norma emanou de Poder Competente, resultante de regular processo legislativo, e está em consonância com a Constituição Federal, que, como já dito, estabeleceu tratamento mais severo aos crimes hediondos ou a eles equiparados. Ademais, referido dispositivo se encontra em plena vigência, pois não há notícia de que ele tenha sido declarado inconstitucional, com efeito *erga omnes*, pelo Colendo Supremo Tribunal Federal.

[...]” (e-STJ, fls. 15-17.)

Quanto ao pedido de alteração do regime prisional, convém destacar que a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do disposto no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

Na definição 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 diretrizes do art. 33 do Código Penal e, na hipótese de condenado pelo crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com a preponderância a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como se observa, *in casu*, a imposição do regime fechado está apoiada em mera fundamentação *ope legis*, decorrente de norma já declarada inconstitucional, o que não é admissível segundo reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça (Nesse sentido: AgRg no REsp 1.434.726/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 20/8/2015; AgRg no REsp 1.523.103/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 3/8/2015).

Portanto, sendo manifesto o constrangimento suportado pelo paciente na definição do modo mais severo de cumprimento da pena, é de rigor a concessão da ordem de ofício para sanar a ilegalidade verificada.

Estabelecida a pena definitiva em 2 anos de reclusão, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime semiaberto (previsto como o imediatamente mais grave, segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o suficiente à prevenção e à reparação do delito, considerada a natureza e variedade da droga apreendida, elencadas legalmente como circunstância preponderante.

A propósito, confira-se:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, *CAPUT*, DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADA À PENA CORPORAL DE 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME SEMIABERTO. 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 SEMIABERTO ADEQUADO TAMBÉM PELA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA, QUE DEMONSTRA A GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

- 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 da droga apreendida, qual seja, 43 tijolos de maconha, pesando 129g. 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*.

- 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- As referências feitas à hediondez do delito devem ser afastadas como fundamento utilizado para o estabelecimento do regime mais gravoso pelas instâncias ordinárias.

- O regime semiaberto, mais gravoso do que a pena de 2 anos e 6 meses de reclusão comporta, deve ser mantido ante a gravidade concreta do delito, evidenciada pela considerável quantidade da droga apreendida com a paciente - 43 tijolos de maconha, pesando 129g -, elemento que recomenda o regime mais gravoso para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

- *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 279.016/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016.)

No que tange ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não se identifica o apontado constrangimento sustentado pelo impetrante.

Vale lembrar que a Suprema Corte, na análise do HC 97.256/RS, também reconheceu a inconstitucionalidade das expressões contidas no art. 44 e § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" e "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", que foram inclusive suprimidas do texto legal por meio da edição da Resolução n. 5/2012 do Senado Federal. Desse modo, não há qualquer óbice à concessão da permuta legal aos sentenciados pelo delito de tráfico de drogas desde que preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal.

In casu, utilizada a diversidade, a quantidade e a natureza da droga para justificar a escolha da fração da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no patamar de três quintos, as circunstâncias do crime não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP), como bem ponderado na sentença.

Sobre o tema, o seguinte julgado:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE CONDENADO A 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. BENEFÍCIO NEGADO EM VIRTUDE DA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo 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 o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

- 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos.

Inteligência das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.

- 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. Na hipótese, o acórdão recorrido fundamentou a necessidade do regime fechado com base na quantidade e na nocividade da droga apreendida (47,9g de cocaína).

- Embora válido o fundamento para o recrudescimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado, ao réu primário, condenado à pena reclusiva não superior a 4 anos (pena de 2 anos e 6 meses de reclusão), cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal, fazendo jus o 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 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. No caso, o acórdão recorrido, de forma fundamentada, entendeu por sua inadequação, ante o fato de que, com o paciente, foram apreendidos 47,9g de cocaína, quantidade e nocividade que não recomendam a substituição da pena corporal, consoante o disposto no art. 44, III, do CP.

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

(HC 322.337/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2016, DJe 23/02/2016.)

Diante do exposto, **não conheço** deste *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, a fim de fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena reclusiva.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0206592-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 333864 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00590882820148260050 13482014 20150000528832 590882820148260050

EM MESA

JULGADO: 17/03/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LUIZ ADEMARO PINHEIRO PREZIA JUNIOR
ADVOGADO : LUIZ ADEMARO PINHEIRO PREZIA JÚNIOR
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WENDEL WEMBLEY BALDUINO DE SOUZA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Execução Penal - Pena Privativa de Liberdade - Progressão de Regime

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 Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.