



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 341.086 - RS (2015/0286684-2)

RELATORA : **MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : PEDRO ELDIOMAR DE VARGAS CORREA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENÇÃO. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Por se tratar de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento, restando apenas a avaliação de flagrante ilegalidade.
2. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.
3. Devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado, com base nas circunstâncias do caso concreto, considerando-se a quantidade da droga - 320 g de maconha -, não há constrangimento ilegal a ser sanado.
4. *Habeas corpus* não conhecido.

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: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 23 de fevereiro de 2016(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 341.086 - RS (2015/0286684-2)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : PEDRO ELDIOMAR DE VARGAS CORREA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de PEDRO ELDIOMAR DE VARGAS CORREA, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Embargos Infringentes n.º 0142962-17.2015.8.21.7000).

Segundo se colhe dos autos, o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 500 dias-multa, pela prática descrita no artigo 33, *caput* e § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, podendo se extrair da sentença, o seguinte, no que interessa (fls. 272):

[...]

O réu deverá iniciar o cumprimento da pena em regime fechado, conforme previsão legal da Lei n. 8.072/90, com as alterações trazidas pela Lei n. 11.464/07, eis que o crime de tráfico de drogas é equiparado a hediondo, razão pela qual deve ser submetido às disposições daquela Lei. Assim, a detração não influencia no regime fixado.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, ao qual foi negado provimento por maioria, com a seguinte ementa (fl. 334):

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. PROVAS DA AUTORIA E MATERIALIDADE. LAUDO APONTA PROSCRIÇÃO DA SUBSTÂNCIA. CONDENAÇÃO MANTIDA, § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS.

1. Não há irregularidade no laudo toxicológico e de constatação da natureza da substância. O laudo apontou se tratar de substância de uso proscrito, nos termos da Lei 11.343/06 e Portaria 344/98 da SVS/MS.

2. As provas são suficientes para demonstrar a incidência do réu no tipo do art. 33 da Lei 11.343/06, mostrando-se desfavoráveis as circunstâncias em que ocorreu a prisão. Não houve dúvida que o entorpecente apreendido estava na posse do réu, que trazia consigo 320 gramas de maconha. A partir dos elementos expostos, em especial pela quantidade de droga apreendida, aliada as circunstâncias em que ocorreu a prisão, fica evidenciada a prática do crime descrito na denúncia. Desse



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

modo a condenação vai mantida.

3. Incide para o réu primário e que não ostenta maus antecedentes, a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, não havendo notícia nos autos que integre criminosa ou se dedique às atividades criminosas.

APELAÇÃO IMPROVIDA."

Interpôs, então, embargos infringentes, que foram desacolhidos pelo Tribunal *a quo* (fls. 366/367):

EMBARGOS INFRINGENTES. TRÁFICO DE DROGAS. PREVALÊNCIA DO VOTO MAJORITÁRIO. FRAÇÃO DE REDUÇÃO PELA MINORANTE DO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS. A aplicação da minorante já é uma benesse que a lei prevê aos traficantes de menor escala, motivo por que, apesar da gravidade da conduta, já estão estes privilegiados pela redução da pena; portanto, correta a observância ao maior desvalor da conduta, residente na quantidade da droga, para dosar o benefício. Caso concreto em que a quantidade de 320g de maconha justifica a minoração mínima. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO DO JUÍZO A QUO LIMITADA AO ART. 2º, § 1º, DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL. A declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal que obriga a imposição de regime inicial fechado aos crimes hediondos foi enviada pelo Supremo Tribunal Federal ao Senado Federal, e a norma referida não teve sua eficácia suspensa. Assim, legalmente permanece válida, não havendo impeditivo para que seja utilizada como fundamento legal pelo Juízo sentenciante. Não obstante, muito embora a teoria da abstrativização não encontre suporte legal e a Rcl 4335/AC tenha sido rejeitada pela maioria julgadora no STF, após muita reflexão optei por seguir a jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça e pela própria Corte Suprema, no sentido de que, sendo o regime mais gravoso fundamentado exclusivamente no dispositivo declarado inconstitucional, invariavelmente deve ser o mesmo reanalisado, aplicando-se o art. 33 do CP. CASO CONCRETO EM QUE A QUANTIDADE DA DROGA DETERMINA O REGIME INICIAL FECHADO. A Lei de Drogas prevê expressamente, no seu art. 42, 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 a conduta social do agente". Assim, não só a natureza, mas também a quantidade da droga, considerado seu caráter preponderante sobre o art. 59 do CP, expressamente previsto, devem ser sopesadas na fixação do regime inicial de cumprimento da pena, ajustando-se, de tal maneira, à previsão contida no § 3º do art. 33 do CP.

EMBARGOS DESACOLHIDOS. POR MAIORIA.

Dá o presente *mandamus*, em que sustenta o impetrante que o paciente sofre manifesto constrangimento ilegal, pois condenado a uma pena de 4 anos e 2 meses de reclusão não há razão para a fixação do regime fechado.

Explicita que "foi pacificado o entendimento do STF em relação à inconstitucionalidade da Lei de Drogas ao obrigar que o regime inicial de cumprimento de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena para os condenados por crimes equiparados a hediondo, como o tráfico de drogas, seja o fechado" (fl. 2).

Salienta que o paciente preenche os requisitos do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal, para aplicação de regime de cumprimento de pena mais brando, ou seja, o semiaberto. Destaca, ainda, que o paciente não é reincidente, nem possui maus antecedentes.

Requer, liminarmente e no mérito, seja fixado o regime semiaberto.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 393/395.

Foram prestadas informações às fls. 403/404 e às fls. 407/422.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Antônio Carlos Pessoa Lins, pela negativa de seguimento do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 341.086 - RS (2015/0286684-2)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Por se tratar de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento, restando apenas a avaliação de flagrante ilegalidade.
2. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.
3. Devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado, com base nas circunstâncias do caso concreto, considerando-se a quantidade da droga - 320 g de maconha -, não há constrangimento ilegal a ser sanado.
4. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Destaco, inicialmente, que se trata de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, o que impede o seu conhecimento. Cabe avaliar, de qualquer sorte, a existência de ilegalidade patente, a ensejar a concessão de ordem de ofício.

Insurge-se o impetrante, em suma, quanto à fixação do regime inicial de cumprimento de pena. Da análise dos autos, penso não haver constrangimento ilegal na fixação do regime fechado.

Colhe-se da sentença condenatória:

"Ante o exposto, entendo comprovada a prática pelo réu do delito capitulado no art. 33, *caput*, lei 11.343/06.

Passo à fixação da pena:

a) culpabilidade: a conduta não merece especial reprovabilidade; b) antecedentes: o Réu não registra antecedentes criminais; c) conduta social: não há dados para aferir-se; d) personalidade: não há dados para aferir-se; e) motivo: obtenção de lucro fácil; f) circunstâncias: não foram de relevo; g) conseqüências: são normais aos elementos caracterizadores do tipo h) comportamento da vítima: não propiciou a prática do delito, já que a vítima, nesse caso, é a sociedade.

Ausentes circunstâncias desfavoráveis, fixo a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Presente a atenuante da menoridade, deixo de aplicar redução em vista do disposto no Enunciado da Súmula 231 do STJ, mantendo a pena provisória no patamar fixado.

Inexistem majorantes a serem aplicadas. Presente a minorante prevista no art. 33, par. 4º, da Lei n. 11.343/06, a qual aplico no patamar de um sexto, considerando ser o Réu primário, de bons antecedentes e, em contrapartida, a quantidade da droga e dinheiro apreendidos. Dessa forma, fixo a pena definitiva em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão.

Outrossim, fixo a pena de multa em 500 (quinhentos) dias-multa, considerando as circunstâncias do art. 59 do CP, sendo cada dia-multa no valor de um trinta avos do salário-mínimo nacional, por aplicação do art. 43 da Lei n. 11.343/2006, atualizados pelo IGPM, quando da data do efetivo pagamento, a contar da prática do delito.

Dispositivo

Ante o exposto, julgo PROCEDENTE a presente Ação Penal Pública a fim de CONDENAR o réu PEDRO ELDIOMAR DE VARGAS CORREA como incurso nas sanções do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06 c/c parágrafo 4º desse mesmo dispositivo legal à pena de 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 500 dias-multa, sendo cada dia-multa no valor de um trinta avos do salário-mínimo nacional, atualizados pelo IGPM, quando da data do efetivo pagamento, a contar da prática do delito.

Regime de cumprimento

O réu deverá iniciar o cumprimento da pena em regime fechado, conforme previsão legal da Lei nº 8.072/90, com as alterações trazidas pela Lei nº 11.466/07, eis que o crime de tráfico de drogas é equiparado a hediondo, razão pela qual deve ser submetido às disposições daquela Lei. Assim, a detração não influencia no regime fixado." (fls. 270/272)

Ao julgar a apelação, o Tribunal *a quo*, por maioria, manteve o regime fixado, no seguinte sentido:

"Estou divergindo, em parte, do eminente Relator.

Isso porque a quantidade da droga de que dispunha o apelante (cerca de trezentos e vinte gramas de *cannabis sativa*) não autoriza a observância da minorante em patamar inferior ao mínimo, tampouco a adoção de regime prisional menos severo.

Por conseguinte, mantendo integralmente a sentença, nego provimento ao apelo." (fl. 341)

Colhes-se dos embargos infringentes:

"Com a devida vênia, estou divergindo do nobre Relator.

Eis o teor do voto majoritário no Acórdão embargado, proferido pelo e. Des. Honório Gonçalves da Silva Neto:

Estou divergindo, em parte, do eminente Relator.

Isso porque a quantidade da droga de que dispunha o apelante (cerca de trezentos e vinte gramas de *cannabis sativa*) não autoriza a observância da minorante em patamar inferior ao mínimo, tampouco a adoção de regime prisional menos severo.

Por conseguinte, mantendo integralmente a sentença, nego provimento ao apelo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

E o entendimento de que compartilho e tenho que deva prevalecer.

De fato, a norma infringida pelo embargante tutela a saúde pública e, embora a substância que traficava não seja a que mais atinge o bem jurídico, a quantidade impõe maior rigor no apenamento.

Veja-se que a aplicação da minorante já é uma benesse que a lei prevê aos traficantes de menor escala, motivo por que o réu, apesar da gravidade da conduta, já está sendo privilegiado pela redução da pena; portanto, há que ser observado o maior desvalor da conduta, que reside na quantidade da droga, para dosar esse benefício.

Não vejo, então, como aplicar a redutora em patamar superior a 1/6 (um sexto).

Consequentemente, inviável a substituição de penas e o regime aberto.

Em verdade, deve ser mantido o regime carcerário fixado na sentença.

Nesse ponto, consigno que a imposição de regime inicial fechado aos crimes hediondos, fundamentada exclusivamente no § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, tem sido corriqueira nas sentenças que chegam a este Tribunal.

Isso, inevitavelmente, levou-me a refletir melhor sobre o tema, ou seja, sobre a possibilidade jurídica de dita fundamentação, bem como sobre a decisão mais acertada a respeito, conduzindo-me às conclusões que passo a expor.

Em primeiro lugar, necessário consignar que a decisão de inconstitucionalidade do mencionado dispositivo legal, proferida pelo STF, não impede, por si só, sua aplicação pelo julgador do caso concreto, haja vista a falta de efeito vinculativo da mencionada decisão, de caráter incidental.

Com efeito, a inconstitucionalidade declarada *incidenter tantum* produz efeitos apenas entre as partes, e a Constituição Federal prevê uma única maneira de ampliar estes efeitos. Trata-se da previsão contida no seu art. 52, inciso X, assim redigida:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

[...]

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Ocorre, porém, que a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal que obriga a imposição de regime inicial fechado aos crimes hediondos foi enviada pelo STF ao Senado Federal e a norma referida não teve sua eficácia suspensa. Assim, legalmente permanece válida, não havendo impeditivo para que seja utilizada como fundamento legal pelo Juízo sentenciante.

Por outro lado, não desconheço que muitos defendem, com fundamentos sólidos e pertinentes, a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, no sentido de aplicar a teoria da transcendência, típica do controle abstrato, às decisões incidentais, tornando seus efeitos erga omnes.

A idéia, aliás, encontra certo respaldo nos tribunais superiores, havendo inclusive manifestação do Ministro Gilmar Mendes, na Rcl 4335/AC, defendendo uma mutação constitucional no art. 52, X, da CF/88, para que a suspensão de execução da lei pelo Senado Federal, quando declarada a inconstitucionalidade incidental pelo STF, tivesse mero efeito de publicidade (fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa unicamente para que a decisão fosse publicada no Diário do Congresso).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, muito embora a teoria da abstrativização não encontre suporte legal, e ainda que a Reclamação acima mencionada tenha sido rejeitada pela maioria julgadora no STF (o que, repiso, faz com que a decisão de inconstitucionalidade ora em análise permaneça sem feitos erga omnes), após muita reflexão optei por seguir a jurisprudência firmada pelo STJ pela própria Corte Suprema, especificamente nos casos em que o regime inicial fechado for fundamentado, na sentença recorrida, exclusivamente no art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos.

Ou seja, em casos tais, invariavelmente, deve-se aplicar as previsões contidas no art. 33 do CP.

Nesse sentido:(...)

Posto isso, aplicando ao caso o art. 33 do CP, tenho que deve permanecer o regime inicial fechado para o cumprimento da pena.

Explico.

Referido dispositivo legal, após traçar parâmetros objetivos em seu § 2º, determina o seguinte, no texto de seu § 3º:

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

A Lei de Drogas, a seu turno, prevê expressamente, no seu art. 42, 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 a conduta social do agente'.

Assim, no meu entendimento, a natureza e a quantidade de drogas, considerado seu caráter preponderante sobre o art. 59 do CP, expressamente previsto, invariavelmente devem ser sopesadas na fixação do regime inicial de cumprimento da pena, ajustando-se, tal entendimento, à previsão contida no § 3º do art. 33 do CP.

No caso concreto, o réu foi flagrado com 320g de maconha, o que não comporta, no meu entendimento, fixação de regime mais brando que o fechado.

Isso porque a quantidade da droga é muito grande, podendo alcançar inúmeros usuários, o que é de notória lesividade, de tal modo que o regime inicial fechado é o único que se mostra adequado para conferir à presente condenação o caráter preventivo e punitivo dela esperado.

Observo que a inconstitucionalidade declarada pelo STF se limita apenas à obrigatoriedade de iniciar-se o cumprimento da pena em regime fechado, o que não impede que seja o mesmo fixado quando entendido necessário no caso concreto." (fls. 372/377)

Cumpre esclarecer que me filio ao posicionamento de que não é dado ao Tribunal, em recurso exclusivo do réu, reexaminar as circunstâncias judiciais, eis que a referida prática violaria o princípio do *ne reformatio in pejus*. Isso porque a Corte estadual deveria, tão somente, apreciar a legalidade dos fundamentos da sentença e não criar nova análise que possa trazer prejuízo à situação do condenado.

Nesse diapasão, em recurso exclusivamente defensivo, não seria possível ao Tribunal modificar o entendimento do Juízo singular em prejuízo do réu, ainda que o resultado final não seja mais gravoso que o prolatado em primeiro grau de jurisdição.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Entretanto, considerando os recentes julgados da Sexta Turma, nos quais fiquei vencida, juntamente com o Ministro Sebastião Reis Júnior, penso ser o caso de ressaltar o meu entendimento, tendo em vista, inclusive, o julgamento do HC n.º 304.886/SP, ocorrido na sessão de **24.2.2015**, ainda pendente de publicação.

Eis o teor da ementa:

HABEAS CORPUS. ROUBO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. REGIME INICIAL FECHADO. DADOS FÁTICOS CONCRETOS. MODO MAIS BRANDO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO. FUNDAMENTOS NOVOS. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Para a escolha do regime prisional, devem ser observadas as diretrizes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal, além dos dados fáticos da conduta delitiva que, se demonstrarem a gravidade concreta do crime, poderão ser invocados pelo julgador para a imposição de regime mais gravoso do que o permitido pelo *quantum* da pena.

2. Não há ilegalidade na fixação do regime inicial fechado quando apontados dados fáticos suficientes a indicar a gravidade concreta do crime – **na espécie, o emprego de arma de fogo, que gerou temor na vítima, e o disparo efetuado pelo comparsa** –, ainda que o agente seja primário e o *quantum* da pena seja inferior a oito anos (art. 33, § 3º, do CP).

3. A proibição de reforma para pior garante ao recorrente, na espécie ora versada, o direito de não ter sua situação agravada, direta ou indiretamente. **Não obsta, entretanto, que o tribunal, para dizer o direito** – exercendo, portanto, sua soberana função de *juris dictio* – encontre motivação própria, respeitada, insisto, a imputação deduzida pelo órgão de acusação, a extensão cognitiva da sentença impugnada e os limites da pena imposta no juízo de origem.

4. Não há que se invalidar o julgamento de apelação em que o tribunal – no exercício de sua jurisdição, obrigado, por imposição constitucional, a indicar as razões de sua convicção (art. 93, IX, da C.R.), e no âmbito da devolutividade plena inerente ao recurso em apelo – melhor explícita as circunstâncias judiciais reconhecidas de modo mais sucinto na sentença impugnada exclusivamente pela defesa, respeitados o limite da pena fixada em primeiro grau e o espectro fático-jurídico sobre o qual se assentou a decisão recorrida, para, ao final, manter o regime fechado para início do cumprimento da pena.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

No mesmo sentido decidiu a Sexta Turma nos autos do HC n.º 254.070/SP e do HC n.º 275.110/SP, ambos de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz.

Desse modo, embora ainda comungue da compreensão inicialmente explanada, curvo-me ao recente entendimento do Colegiado.

Nessa esteira de inteligência, entende-se que o efeito devolutivo da apelação autoriza a Corte estadual, quando instada a se manifestar sobre o regime inicial de cumprimento de pena, a examinar as circunstâncias judiciais e rever todos os aspectos da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

individualização da pena deliberados no édito condenatório, seja para manter ou abrandar o regime imposto em primeira instância.

Assim, considera-se possível nova ponderação dos fatos e circunstâncias em que se deu a conduta criminosa pelo Tribunal *a quo*, mesmo tratando-se de recurso exclusivamente defensivo, sem que se incorra em *reformatio in pejus*, desde que não seja agravada a situação do réu, tal como no caso em testilha.

Outrossim, cabe ressaltar que tanto a estipulação do regime inicial fechado – contida no § 1º do artigo 2º da Lei n.º 8.072, que fora alterado pela Lei n.º 11.464/07 – quanto a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos – prevista no artigo 44, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 – foram superadas pelo Pretório Excelso em decisões recentes. A esse respeito, confira-se o teor do Informativo n.º 569 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis* :

A Turma, superando a restrição fundada no Enunciado 691 da Súmula do STF, concedeu habeas corpus a condenado pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33) para determinar que tribunal de justiça substitua a pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos ou, havendo reversão, que o início do cumprimento da pena privativa de liberdade se dê no regime aberto. Assentou-se que a quantidade de pena imposta – 3 anos –, não constando circunstâncias desfavoráveis ao paciente, que não registra antecedentes, permitiria não só que a pena tivesse início no regime aberto (CP, art. 33, § 2º, c), mas, também, a substituição por pena restritiva de direitos (CP, art. 44, § 2º, segunda parte). HC 101291/SP, Rel. Min. Eros Grau, 24.11.2009. (HC-101291)

O citado *writ* possui esta ementa:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO MAIS GRAVE DO QUE O PREVISTO EM LEI. DIREITO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EXCEÇÃO À SÚMULA 691.

Tráfico de entorpecentes. Fixação da pena. Circunstâncias judiciais favoráveis. Pena fixada em quantidade que permite a substituição da privação de liberdade por restrição de direitos ou o início do cumprimento da pena no regime aberto. Imposição, não obstante, de regime fechado. Constrangimento ilegal a ensejar exceção à Súmula 691/STF. Ordem concedida. (HC n.º 101.291/SP; Relator(a): Ministro Eros Grau; Julgamento: 24/11/2009; Segunda Turma; DJe-027 - 12-02-2010)

Dessarte, a Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o *quantum* de pena aplicado, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal (HC n.º 118.776/MG, da relatoria do Ministro Nilson Naves, julgado em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

18.3.2010), bem como a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 1º de setembro de 2010, se pronunciou sobre a matéria, no HC n.º 97.256, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, prevalecendo, por 6 votos a 4, o entendimento aqui expandido, no sentido de ser inconstitucional o dispositivo da Lei n.º 11.343/2006 que veda a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Convém sublinhar, ainda, que o Senado Federal, no exercício da atribuição que lhe foi conferida pelo art. 52, inciso X, da Magna Carta, editou, em 15.2.2012, a Resolução n.º 05/2012, suspendendo a execução de excerto da Lei n.º 11.343/06 referente à expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" - contida no § 4º, do art. 33, declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos supra mencionado HC n.º 97.256. Confira-se:

O Senado Federal resolve:

Art. 1º É suspensa a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus n.º 97.256/RS.

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Registre-se, por oportuno, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, em sessão extraordinária realizada no dia 27.6.2012, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07. Confira-se:

"*Habeas corpus*. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei n.º 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei n.º 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, com a redação dada pela Lei n.º 11.464/07, o qual determina que *"a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado"*. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito **ex nunc**, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado." (HC n.º 111.840/ES; Relator(a): Ministro Dias Toffoli; Julgamento: 27/06/2012; Tribunal Pleno)

Assim, restaram superadas pelos Tribunais superiores a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes.

Na espécie, embora o Juízo de primeira instância tenha fixado o regime inicial fechado, tão somente, na hediondez do delito, verifica-se que o Tribunal de origem manteve o regime inicial fechado em razão das circunstâncias do caso concreto, destacando a quantidade da substância entorpecente apreendida com o paciente (320g de maconha).

Portanto, o Tribunal *a quo* entendeu ser necessária uma resposta penal mais efetiva, como forma de retribuição proporcional à gravidade da conduta, porquanto as circunstâncias do caso em testilha, em especial a quantidade da droga, demonstram que regime inicial mais brando não seria suficiente para a reprovação e a prevenção do delito em comento.

Desse modo, devidamente fundamentada a fixação do regime inicial fechado, com base em dados concretos constantes dos autos, não há ilegalidade a ser sanada. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO DO AGENTE A ATIVIDADE CRIMINOSA. ELEMENTOS CONCRETOS DELINEADOS NO ACÓRDÃO RECORRIDO. REVALORAÇÃO DA PROVA. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A situação fática delineada no acórdão recorrido, segundo a qual houve a apreensão de uma balança de precisão, duas facas com o agravante, e o relatório de vida pregressa do réu, dando conta de que ele usava sua casa como ponto de venda de drogas, onde inclusive permitia o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consumo pelos clientes no local, são elementos concretos que evidenciam sua dedicação à atividade criminosa, o que torna inviável a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

2. **Fixada a pena-base acima do mínimo legal, em razão da valoração negativa das circunstâncias do delito (expressiva quantidade de droga apreendida - 514,3 g de maconha), o regime inicial mais gravoso (fechado) é o adequado para o cumprimento da pena reclusiva, ainda que o réu seja primário e a pena tenha sido estabelecida entre quatro e oito anos de reclusão, de acordo com os arts. 33, § 2º e 3º, do CP e 42 da Lei de Drogas.**

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1360997/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 10/12/2015, DJe 18/12/2015)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. MAIOR GRAVIDADE DO DELITO EM RAZÃO DA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. REGIME FECHADO E NÃO SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça - STJ, seguindo o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, passou a inadmitir *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, ressalvando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante ilegalidade.

- **Não obstante a primariedade do paciente e a aplicação da reprimenda definitiva em patamar inferior a 4 anos de reclusão, o regime fechado e a não substituição da pena por restritiva de direitos estão justificados na elevada quantidade da droga apreendida (175kg de maconha).**

- *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 311.884/MS, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 22/09/2015, DJe 15/10/2015)

Assim, tem-se que a impetração substitutiva de **Recurso Especial**, não comporta a extraordinária cognição.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0286684-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 341.086 / RS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 03321200032702 00148715720128210033 02522572320148217000 03321200032702
10091720128179 1429621720158217000 148715720128210033 2522572320148217000
3321200032702 5642012100913 70051243921 70060596947 70064575848

EM MESA

JULGADO: 23/02/2016

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUMBERTO DE PAIVA ARAÚJO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : PEDRO ELDIOMAR DE VARGAS CORREA

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, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.