



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 379.905 - SP (2016/0308746-3)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ANDRÉA PERENCIN DE ARRUDA RIBEIRO RIOS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCOS HENRIQUE SIMPRICIO

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. FIXADO O REGIME FECHADO E NEGADA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS COM BASE NA HEDIONDEZ, NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO E NA VEDAÇÃO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO *IN CONCRETO* DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. ORDEM CONCEDIDA, EM MENOR EXTENSÃO, RATIFICADA A LIMINAR DEFERIDA.

1. 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, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

2. *In casu*, foi fixado o regime inicial fechado e negada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos com base, exclusivamente, na hediondez, na gravidade abstrata do delito e na vedação legal, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

3. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso *sub judice*, uma vez que as instâncias de origem não procederam à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44 e incisos, do Código Penal.

4. Ordem concedida, em menor extensão, a fim de que, afastados os fundamentos referentes à hediondez e à gravidade *in abstracto* do delito de tráfico, bem como o óbice do art. 44 da Lei n.º 11.343/06, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ratificada a liminar outrora deferida até ulterior deliberação do referido Juízo.

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, concedeu a ordem de habeas corpus, em menor extensão, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 21 de fevereiro de 2017(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 379.905 - SP (2016/0308746-3)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ANDRÉA PERENCIN DE ARRUDA RIBEIRO RIOS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCOS HENRIQUE SIMPRICIO

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de MARCOS HENRIQUE SIMPRICIO, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Crime nº 0076055-17.2015.8.26.0050).

Segundo se colhe dos autos, o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, pela prática descrita no artigo 33, *caput* e § 4º, da Lei nº 11.343/2006, podendo se extrair da sentença o seguinte:

Incurso o réu no artigo 33, "caput" da Lei 1.343/06, passo a dosimetria

da pena, levando em consideração os preceitos do artigo 59 do Código Penal. O réu possui condenação transitada em julgado há menos de cinco anos, fixando-se a pena base em seu mínimo legal, qual seja, 05 (cinco) anos de reclusão de reclusão e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa no valor do mínimo legal permitido. Compenso a circunstância agravante da reincidência com a circunstância atenuante da confissão judicial mantendo-se a pena base Preenchidos os requisitos contidos no artigo 33, § 4º da Lei 11.343/06, uma vez que os antecedentes não são específicos, ou seja, na mesma modalidade criminosa da destes autos, reduzo a pena em 2/3 (dois terços), totalizando a reprimenda e 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, pena essa que torno definitiva, inexistindo quaisquer outras circunstâncias agravantes ou atenuantes para reconhecer, ou causas de aumento ou diminuição de pena. Na ausência de maior conhecimento das condições econômicas do réu, o valor do dia multa será no mínimo legal permitido.

Em razão da natureza do delito, assemelhado ao hediondo pela Constituição Federal, não obstante o exposto na Resolução nº 05 de 2012 do Senado Federal, não há como substituir ou suspender a pena privativa de liberdade, sendo que o legislador apenas suspendeu a eficácia da vedação anteriormente existente, deixando dentro do critério discricionário do magistrado, em cada caso, analisar o cabimento ou não da substituição, não havendo que se falar em qualquer violação do princípio da individualização da pena. Ante o exposto, por esses fundamentos e por tudo o mais que dos autos consta. JULGO PROCEDENTE o pedido contido na presente ação penal pública incondicionada a fim de condenar MARCOS HENRIQUE SIMPRICIO como incurso no artigo 33, "caput" da Lei 11.343/06, à pena de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 166



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(cento e sessenta e seis) dias multa, no valor mínimo legal permitido. **Tratando-se de crime assemelhado a hediondo, deverá o réu cumprir a pena privativa de liberdade imposto no regime fechado, consoante dispõe a Lei 11.464/07**, não podendo recorrer desta decisão em liberdade (fls. 13/20).

Irresignada, a defesa interpôs apelação, tendo o Tribunal *a quo* negado provimento ao recurso:

3. Narra a denúncia que, em 7 de setembro de 2015, na rua Dr. Carlos de Rezende Enout, nesta Capital, Marcos Henrique trazia consigo e guardava, para fins de distribuição e fornecimento a terceiros, 62 porções de cocaína e 10 pedras de crack, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

4. A materialidade está demonstrada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 2-6), pelo boletim de ocorrência (fls. 8-10), pelo auto de exibição e apreensão (fls. 11) e pelo laudo químico toxicológico (fls. 13).

5. Embora não tenha sido objeto deste recurso, quanto à autoria também não restam dúvidas.

Interrogado em sede policial, o réu permaneceu silente. Em juízo, admitiu a propriedade da droga e sua intenção de transportá-la para um "conhecido" mediante o recebimento de certa importância em dinheiro. Sua nova versão foi corroborada pelas demais provas coligidas aos autos, notadamente os depoimentos harmônicos e seguros das testemunhas ouvidas durante a instrução.

Assim, era mesmo de rigor a condenação.

6. Não obstante editada pelo Senado Federal a Resolução nº 05/2012, que suspendeu a vigência da última parte do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, **continua sendo inviável a substituição da sanção corporal por restritivas de direitos, "não só pela própria hediondez do crime, que recomenda maior rigor no escarmento, mas também porque a Lei nº 11.343/06 expressamente veda a benesse aos traficantes, nos precisos termos do que dispõe o seu artigo 44, caput"** (Apelação nº 0025232-75.2010.8.26.0224, Rel. Des. Souza Nery, Guarulhos, 9ª Câmara de Direito Criminal, j. 2/6/2011).

De fato, permanece em vigor o artigo 44 da Lei de Drogas, que impede a pretendida benesse. Ademais, **a gravidade concreta da conduta evidencia que tal medida não seria suficiente à repressão e prevenção do crime**. Esse, aliás, tem sido o entendimento perfilhado por esta Câmara Criminal (Apel. 0000911-46.2012.8.26.0663, rel. Des. Geraldo Wohlers, j. 24.6.2014, v.u., Apel. 0000658-98.2013.8.26.0218, rel. Des. Toloza Neto, j. 3.6.2014, v.u.).

7. O regime fechado é mesmo o único cabível à hipótese em apreço, nos termos do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, com redação dada pela Lei nº 11.464/07.

Não se ignora que a Suprema Corte tenha declarado, de forma incidental, a inconstitucionalidade do citado dispositivo legal (HC 111.840/ES, rei. Min. Dias Toffoli, j. 14.6.2012). Ocorre que, com a devida vênia a esse entendimento, o início do desconto do castigo corporal em regime prisional fechado obedece à diretriz fixada na própria Carta da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

República, que expressamente estabeleceu a necessidade de se conferir tratamento mais severo aos casos de tráfico ilícito de entorpecentes (art. 5º, inciso XLIII da CF), conforme bem ressaltado em precedente desta Câmara, de que foi relator o eminente Desembargador Toloza Neto:

(...)

E, no particular caso dos autos, justifica-se plenamente esse rigor. Como já dito, os entorpecentes apreendidos eram destinados ao fornecimento de incontáveis pessoas fragilizadas pela dependência química, denotando maior grau de periculosidade, aspecto que exige a fixação do regime mais severo (fls. 22/26) (grifou-se).

No presente *mandamus*, em que o impetrante sustenta que, "primário o paciente e uma vez reconhecido o direito ao benefício do parágrafo quarto do artigo 33 da Lei n. 11.343/06, o que ensejou a aplicação da pena definitiva em quantidade compatível com o artigo 33, § 2º, c, do Código Penal, tem ele o direito de iniciar o cumprimento de pena em regime aberto."

Alega, outrossim, que, "com a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, em sede de Habeas Corpus 118.533-MS, Min. Rel. Carmen Lúcia, julgado pelo Plenário em 23/06/2016, às condutas tipificadas como tráfico privilegiado - caso dos autos - não se empresta o caráter de hediondez, afastando-se o tratamento mais gravoso."

Por outro lado, assevera que "o impedimento da substituição da pena restritiva de liberdade por restritiva de direitos em razão da equiparação genérica da conduta a crime hediondo previsto na Lei 8072/90, já não se sustenta, pois a figura do tráfico privilegiado (...) não se reveste do caráter de hediondez.

Em acréscimo, salienta que "o Supremo Tribunal Federal, em Tribunal Pleno, por maioria de votos e nos termos do voto do Relator, Ministro Carlos Ayres Britto, mesmo antes da recente decisão, já declarara incidentalmente a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do parágrafo quarto do artigo 33, e da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", constante do artigo 44, ambas da Lei n. 11.343/2006."

Requer, liminarmente e no mérito, a concessão de regime de cumprimento de pena aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi deferida para fixar o regime inicial semiaberto até o julgamento do mérito deste *writ*.

Foram prestadas informações às fls. 47/55 e 57/77.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral Mônica Nicida Garcia, pelo não conhecimento do *writ*, "concedendo-se a ordem de ofício, para determinar que o Juízo da Execução, observando o enunciado da Súmula n. 440/STJ, fixe o regime em favor do paciente ou justifique o que impôs" (fls. 80/86).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 379.905 - SP (2016/0308746-3)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. FIXADO O REGIME FECHADO E NEGADA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS COM BASE NA HEDIONDEZ, NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO E NA VEDAÇÃO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO *IN CONCRETO* DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. ORDEM CONCEDIDA, EM MENOR EXTENSÃO, RATIFICADA A LIMINAR DEFERIDA.

1. 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, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

2. *In casu*, foi fixado o regime inicial fechado e negada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos com base, exclusivamente, na hediondez, na gravidade abstrata do delito e na vedação legal, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

3. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso *sub judice*, uma vez que as instâncias de origem não procederam à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44 e incisos, do Código Penal.

4. Ordem concedida, em menor extensão, a fim de que, afastados os fundamentos referentes à hediondez e à gravidade *in abstrato* do delito de tráfico, bem como o óbice do art. 44 da Lei n.º 11.343/06, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ratificada a liminar outrora deferida até ulterior deliberação do referido Juízo.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Para melhor deslinde da controvérsia, cumpre transcrever excerto do édito condenatório:

Em razão da natureza do delito, assemelhado ao hediondo pela Constituição Federal, não obstante o exposto na Resolução nº 05 de 2012 do Senado Federal, não há como substituir ou suspender a pena privativa de liberdade, sendo que o legislador apenas suspendeu a eficácia da vedação anteriormente existente, deixando dentro do critério discricionário do magistrado, em cada caso, analisar o cabimento ou não da substituição, não havendo que se falar em qualquer violação do princípio da individualização da pena. Ante o exposto, por esses fundamentos e por tudo o mais que dos autos consta. JULGO PROCEDENTE o pedido contido na presente ação penal pública incondicionada a fim de condenar MARCOS HENRIQUE SIMPRICIO como incurso no artigo 33, "caput" da Lei 11.343/06, à pena de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias multa, no valor mínimo legal permitido. **Tratando-se de crime assemelhado a hediondo, deverá o réu cumprir a pena privativa de liberdade imposto no regime fechado, consoante dispõe a Lei 11.464/07**, não podendo recorrer desta decisão em liberdade (fl. 19) (grifou-se).

A Corte de origem, por sua vez, assim se manifestou:

6. Não obstante editada pelo Senado Federal a Resolução nº 05/2012, que suspendeu a vigência da última parte do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, **continua sendo inviável a substituição da sanção corporal por restritivas de direitos, "não só pela própria hediondez do crime, que recomenda maior rigor no escarmento, mas também porque a Lei nº 11.343/06 expressamente veda a benesse aos traficantes, nos precisos termos do que dispõe o seu artigo 44, caput"** (Apelação nº 0025232-75.2010.8.26.0224, Rel. Des. Souza Nery, Guarulhos, 9ª Câmara de Direito Criminal, j. 2/6/2011).

De fato, permanece em vigor o artigo 44 da Lei de Drogas, que impede a pretendida benesse. Ademais, **a gravidade concreta da conduta evidencia que tal medida não seria suficiente à repressão e prevenção do crime**. Esse, aliás, tem sido o entendimento perfilhado por esta Câmara Criminal (Apel. 0000911-46.2012.8.26.0663, rel. Des. Geraldo Wohlers, j. 24.6.2014, v.u., Apel. 0000658-98.2013.8.26.0218, rel. Des. Toloza Neto, j. 3.6.2014, v.u.).

7. **O regime fechado é mesmo o único cabível à hipótese em apreço, nos termos do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, com redação dada pela Lei nº 11.464/07** (fls. 24/25) (grifou-se).

Cumprе salientar que, tanto a estipulação do regime inicial fechado - contida no § 1º do art. 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 art. 44,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

Diante disso, 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 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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 pela Suprema Corte e por este Tribunal Superior 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.

Outrossim, cumpre mencionar que, de acordo com o entendimento recentemente firmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (*Habeas Corpus* 118.533/MS, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 23/6/2016), o delito de tráfico privilegiado de drogas não tem natureza hedionda, conforme notícia veiculada no Informativo 831 do Excelso Pretório:

O crime de tráfico privilegiado de drogas não tem natureza hedionda. Por conseguinte, não são exigíveis requisitos mais severos para o livramento condicional (Lei 11.343/2006, art. 44, parágrafo único) e tampouco incide a vedação à progressão de regime (Lei 8.072/1990, art. 2º, § 2º) para os casos em que aplicada a causa de diminuição prevista no art. 33, §4º, Lei 11.343/2006. Com base nessa orientação, o Plenário, por maioria, concedeu a ordem de “habeas corpus” para afastar a natureza hedionda de tal delito. No caso, os pacientes foram condenados pela prática de tráfico privilegiado, e a sentença de 1º grau afastara a natureza hedionda do delito. Posteriormente, o STJ entendera caracterizada a hediondez, o que impediria a concessão dos referidos benefícios – v. Informativos 791 e 828. O Tribunal superou a jurisprudência que se firmara no sentido da hediondez do tráfico privilegiado. Sublinhou que a previsão legal seria indispensável para qualificar um crime como hediondo ou equiparado. Assim, a partir da leitura dos preceitos legais pertinentes, apenas as modalidades de tráfico de entorpecentes definidas no art. 33, “caput” e § 1º, da Lei 11.343/2006 seriam equiparadas a crimes hediondos. Entendeu que, para alguns delitos e seus autores, ainda que se tratasse de tipos mais gravemente apenados, deveriam ser reservadas algumas alternativas aos critérios gerais de punição. A legislação alusiva ao tráfico de drogas, por exemplo, prevê a possibilidade de redução da pena, desde que o agente seja primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa. Essa previsão legal permitiria maior flexibilidade na gestão da política de drogas, pois autorizaria o juiz a avançar sobre a realidade pessoal de cada autor. Além disso, teria inegável importância do ponto de vista das decisões de política criminal. HC 118533/MS, rel. Min. Cármen Lúcia, 23.6.2016. (Informativo 831)

Na hipótese vertente, verifica-se que foi fixado o regime inicial fechado e negada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos com base, exclusivamente, na hediondez, na gravidade abstrata do delito e na vedação legal, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

Com efeito, consoante esposado alhures, tais questões foram superadas pelos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tribunais superiores, não configurando, portanto, fundamentação idônea a justificar a fixação do regime mais gravoso para os condenados pela prática dos delitos previstos na Lei n.º 11.343/2006, haja vista que, para estabelecer o regime prisional e verificar a possibilidade de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve o Magistrado avaliar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelos arts. 33 e parágrafos, e 44 e incisos, do Código Penal, o que não ocorreu na espécie.

Em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, colheu-se a informação de que a condenação do paciente transitou em julgado em 6.12.2016. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso *sub judice*, uma vez que as instâncias de origem não procederam à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44, e incisos, do Código Penal.

Ante do exposto, **concedo a ordem, em menor extensão**, a fim de que, afastados os fundamentos referentes à hediondez e à gravidade *in abstracto* do delito de tráfico, bem como o óbice do art. 44 da Lei n.º 11.343/06, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ratificada a liminar outrora deferida até ulterior deliberação do referido Juízo.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0308746-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 379.905 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00760551720158260050 16422015 20160000702549 69722015 7212015
760551720158260050

EM MESA

JULGADO: 21/02/2017

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. CARLOS FREDERICO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: ANDRÉA PERENCIN DE ARRUDA RIBEIRO RIOS
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: MARCOS HENRIQUE SIMPRICIO

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, concedeu a ordem de habeas corpus, em menor extensão, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.