



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 406.378 - SP (2017/0159613-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : MARCELO VICENTINI DE CAMPOS
ADVOGADO : MARCELO VICENTINI DE CAMPOS - SP260526
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WILLIAN MANTELATO BUENO

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

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, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

2. Embora a reprimenda final seja igual a 4 anos e 2 meses de reclusão, escoreita a eleição do regime inicial fechado, porquanto as circunstâncias do caso em testilha demonstram que regime inicial mais brando não seria suficiente para a reprovação e a prevenção do delito em comento, tendo em vista a quantidade das substâncias entorpecentes envolvidas na empreitada criminosa – 979 g de maconha e 52 g de *crack* – (art. 42 da Lei n.º 11.343/06). Não há falar, pois, em constrangimento ilegal.

3. *Habeas corpus* denegado.

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, denegou a ordem, 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, 26 de setembro de 2017(Data do julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 406.378 - SP (2017/0159613-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : MARCELO VICENTINI DE CAMPOS
ADVOGADO : MARCELO VICENTINI DE CAMPOS - SP260526
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WILLIAN MANTELATO BUENO

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de WILLIAM MANTELATO BUENO, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 3010686-95.2013.8.26.0114).

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o paciente à pena de 6 anos, 9 meses e 15 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 510 dias-multa, pela prática dos crimes previstos no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, c.c. art. 14, *caput*, da Lei n.º 10.826/2006 (fls. 10/26).

Contra a sentença, a Defesa interpôs apelação, que foi parcialmente provida para absolver o paciente da imputação referente ao art. 14 da Lei n.º 10.826/2006, e reduzir as penas fixadas para 4 anos, 2 meses, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 416 dias-multa. Confirmam-se os termos do *decisum*, no que interessa:

(...)

Passemos a análise da dosimetria da pena.

Na primeira fase a pena foi mantida no mínimo para ambos os acusados. A rigor, deveria ter sido majorada em razão da quantidade e da natureza de parte das drogas apreendidas (*crack*), contudo, inexistindo recurso ministerial, nos é vedado majorar a pena.

Na segunda fase, à míngua de circunstâncias, mantenho a pena tal como fixada.

Na terceira fase o magistrado aplicou o redutor na fração de um sexto em razão das circunstâncias e da quantidade de drogas. A rigor, nem seria o caso de se fixar a causa de diminuição, contudo, por não haver recurso ministerial, mantenho a redução em um sexto, contudo, corrijo a pena para fixa-la em 04 anos, 02 meses de reclusão e 416 dias-multa.

O regime fechado impõe-se. Observo que foi apreendida considerável quantidade e variedade de entorpecentes. Sendo o crime de perigo contra a saúde pública fica claro que tal quantidade poderia facilmente alcançar um elevado número de pessoas, o que denota maior reprovabilidade em sua conduta, visto o maior ataque ao bem jurídico. No caso, a natureza da droga apreendida (*crack*) também indica maior reprovabilidade, posto que tal entorpecente possui grande capacidade de viciar, como é notório e visto em toda a mídia.

Assim em face do bem jurídico protegido, aliado ao artigo 42 da Lei n.º 11.343/06, quanto maior a capacidade de viciar da droga, em abstrato, maior a reprovabilidade. Portanto, demonstrou periculosidade e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

culpabilidade acima da média, de forma que o regime fechado é o único que se mostra suficiente para atingir a função preventiva específica da pena, que é inibir a prática de novas ações delituosas, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal.

(...)

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO aos recursos, para, com fulcro no artigo 386, III, do Código de Processo Penal absolver o acusado Willian Mantelato Bueno da imputação referente ao artigo 14 da Lei nº 10.826/03 e reduzir a pena de ambos os acusados fixando-as em 04 anos, 02 meses de reclusão em regime inicial fechado e 416 dias-multa (fls. 24/26).

No presente *writ*, o impetrante sustenta, em síntese, que o paciente faz jus a regime inicial diverso do fechado.

Requer, liminarmente e no mérito, "seja cassada a decisão que estabeleceu o regime inicial fechado" (fl. 9).

A liminar foi indeferida às fls. 72/74.

Foram prestadas informações às fls. 79/118.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Mario Ferreira Leite, pelo não conhecimento do *writ* (fls. 120/124).

É breve o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 406.378 - SP (2017/0159613-9)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

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, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

2. Embora a reprimenda final seja igual a 4 anos e 2 meses de reclusão, escorreita a eleição do regime inicial fechado, porquanto as circunstâncias do caso em testilha demonstram que regime inicial mais brando não seria suficiente para a reprovação e a prevenção do delito em comento, tendo em vista a quantidade das substâncias entorpecentes envolvidas na empreitada criminosa – 979 g de maconha e 52 g de *crack* – (art. 42 da Lei n.º 11.343/06). Não há falar, pois, em constrangimento ilegal.

3. *Habeas corpus* denegado.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Busca-se, por meio da presente impetração, a alteração do regime inicial de cumprimento de pena.

Cumpre salientar que 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 - foi superada pelo Pretório Excelso, órgão responsável pela análise de compatibilidade das leis com a Constituição Federal, 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)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O citado *writ* possui esta ementa:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO DE RÉGIME 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.

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 nº 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 nº 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, restou superada pela Suprema Corte e por este Tribunal Superior a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes.

Para melhor deslinde da controvérsia, mister transcrever excerto do aresto prolatado pelo Colegiado estadual:

O regime fechado impõe-se. Observo que foi apreendida considerável quantidade e variedade de entorpecentes. Sendo o crime de perigo contra a saúde pública fica claro que tal quantidade poderia facilmente alcançar um elevado número de pessoas, o que denota maior reprovabilidade em sua conduta, visto o maior ataque ao bem jurídico. No caso, a natureza da droga apreendida (crack) também indica maior reprovabilidade, posto que tal entorpecente possui grande capacidade de viciar, como é notório e visto em toda a mídia. Assim em face do bem jurídico protegido, aliado ao artigo 42 da Lei nº 11.343/06, quanto maior a capacidade de viciar da droga, em abstrato, maior a reprovabilidade. Portanto, demonstrou periculosidade e culpabilidade acima da média, de forma que o regime fechado é o único que se mostra suficiente para atingir a função preventiva específica da pena, que é inibir a prática de novas ações delituosas, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal (fl. 25).

Na espécie, verifica-se que não há ilegalidade a ser sanada, porquanto foi fixado o regime inicial fechado pela Corte de origem em razão dos elementos concretos dos autos.

Com efeito, salientou o Tribunal *a quo* a quantidade das substâncias entorpecentes envolvidas na empreitada criminosa, a saber 979 g de maconha e 52 g de *crack* (fl. 19).

É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/06, no sentido de 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".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não há falar, pois, em constrangimento ilegal. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA.

1. Não há falar em bis in idem, tendo em vista que o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 foi afastado, no caso, em razão da conclusão de que o paciente possuiria elo com facções criminosas. A tese recursal de que não haveria respaldo probatório para a conclusão adotada no sentido de que o agravante teria envolvimento com organização criminosa, para ser acolhida, demandaria ampla dilação em fatos e provas, o que não se harmoniza com o rito do habeas corpus, de cognição sumária.

2. Regime fechado mantido e devidamente fundamentado ao se considerar a quantidade, diversidade e natureza das substâncias entorpecentes apreendidas (800 g de maconha, 380 g de cocaína e 342 g de crack).

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 389.816/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/05/2017, DJe 11/05/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL. TRIBUNAL QUE APLICOU O REGIME FECHADO EM RAZÃO DA NATUREZA, DIVERSIDADE E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME MAIS GRAVOSO MANTIDO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- O Supremo Tribunal Federal, 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, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, do Código Penal.

- Na hipótese, como bem destacado pelo Tribunal a quo, tendo em vista a diversidade, natureza e considerável quantidade de droga apreendida, recomendável a fixação do regime inicial fechado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- Habeas Corpus não conhecido.

(HC 382.307/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

QUINTA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 10/03/2017)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. 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.

2. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

3. Concluído pelo Tribunal de origem, com base na expressiva quantidade e na natureza de droga apreendida (171 porções de crack) que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, a modificação desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. (Precedentes).

4. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, também o art. 42 da Lei de Drogas.

5. Embora o paciente seja primário e a pena aplicada seja de 5 anos e 10 meses de reclusão, o regime fechado é o adequado para prevenção e reprovação do delito, diante da quantidade e da natureza de droga apreendida. (Precedente)

6. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do atendimento do requisito objetivo, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 382.243/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 23/02/2017)

Assim, embora a reprimenda final seja igual a 4 anos e 2 meses de reclusão, penso 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 das substâncias entorpecentes envolvidas na empreitada criminosa – 979 g de maconha e 52 g de *crack* (fl. 19) –, demonstra que regime inicial mais brando não seria



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

suficiente para a reprovação e a prevenção do delito em comento.

Ante o exposto, **denego a ordem.**

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0159613-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 406.378 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20160000644897 30106869520138260114

EM MESA

JULGADO: 26/09/2017

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. FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARCELO VICENTINI DE CAMPOS
ADVOGADO : MARCELO VICENTINI DE CAMPOS - SP260526
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WILLIAN MANTELATO BUENO
CORRÉU : SILVINO ALVES DE SOUZA

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, denegou a ordem, 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.