



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 408.242 - SP (2017/0171863-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RITA DE CASSIA GANDOLPHO - SP293626
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DARIO OLIVEIRA SILVA JUNIOR

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICAVA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO FIXADO COM BASE, EXCLUSIVAMENTE, NA GRAVIDADE ABSTRATA E HEDIONDEZ DO DELITO DE TRÁFICO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM, RATIFICADA A LIMINAR DEFERIDA.

1. Concluído pela Corte de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.
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. O regime inicial fechado foi fixado com base, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento jurisprudencial pátrio.
4. Fixada a pena-base no mínimo legal, sendo a reprimenda final de 5 anos de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial semiaberto, a teor do disposto no art. 33, § 2º, alínea b, do Código Penal.
5. *Habeas corpus* parcialmente concedido a fim de fixar o regime inicial semiaberto, ratificada a liminar deferida.

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 parcialmente 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)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 408.242 - SP (2017/0171863-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RITA DE CASSIA GANDOLPHO - SP293626
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DARIO OLIVEIRA SILVA JUNIOR

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de DARIO OLIVEIRA SILVA JUNIOR, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 0043758-54.2015.8.26.0050).

Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática do crime definido no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 166 dias-multa (fls. 14/17).

O Tribunal *a quo*, ao analisar o recurso de apelação ministerial, por maioria, deu provimento ao apelo a fim de excluir a minorante prevista do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, redimensionando as penas para 5 anos de reclusão e 500 dias-multa. Confira-se:

2. Assiste razão ao Ministério Público.

Com efeito, a redução hoje admitida pelo dispositivo retrocitado não se mostra viável na medida em que se cuide de infração indicativa de alta periculosidade do agente. O propósito do legislador, certamente, não foi favorecer os traficantes de alto coturno. A *mens legis* da Lei nº 11.343/06 há de ter tido em vista, primordialmente, fornecedores ocasionais, que não denotam perseverança criminosa, hábito delinquencial ou gravíssimo comprometimento para a ordem social, a paz coletiva e a saúde da população em geral, virtudes certamente irreconhecíveis no imperdoável traficante de drogas que persevera nessa senda. Tanto, aliás, que o citado art. 33, § 4º, contém expressa referência, para fins de merecimento da redução condescendente, à exigência de que o agente "não se dedique às atividades criminosas".

Sabe-se que em termos repressivos o ditame constitucional é o de desestimular com energia o comércio ilegal de drogas; logo, o benefício trazido pela nova lei de regência, editada sob o mote de tornar mais rigoroso o tratamento penal que incide sobre o traficante, conflita, quando aplicado de modo indiscriminado, com a Constituição da República. Há, além da quebra do princípio de isonomia entre os condenados por outros crimes (especialmente pelos classificados como igualmente hediondos) e os condenados por tráfico de drogas, uma violação às disposições constitucionais e aos tratados internacionais que obrigam o Poder Público brasileiro à repressão efetiva do narcotráfico. A inteligência útil e legítima da norma sob análise só pode ser feita à luz da Carta Política, e nesse passo se conclui que a mercê foi estabelecida para dar solução excepcional a situações excepcionais.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

A lei atual trouxe tratamento distinto para quem oferece droga a pessoa de seu relacionamento sem objetivo de lucro - a rigor, traficante de entorpecentes: § 3º do mesmo artigo 33. Ora, também se reserva tratamento diferenciado no § 4º, pois o redutor se dirige a quem comete uma das condutas puníveis constantes do *caput* ou do § 1º do artigo 33 quando o agente atua sem ter o lucro por meta, sem intuito de comércio, sem adotar a odiosa e desagregadora propagação narcótica como meio de vida.

É assim que se deve considerar a exigência de "não se dedicar às atividades criminosas" (terceira figura dos pressupostos indispensáveis à concessão da benesse), porque quem procura obter vantagem financeira através do mercadejo de substância clandestina se propõe, claro, a exercer atividade criminosa: presta o torpe serviço para alguém, faz a deplorável intermediação para alguém, busca aumentar os recursos ilícitos de grupos ou organizações formadas à margem da lei para custear investidas delituosas n'outros setores do submundo. Convenhamos ser fenômeno de extrema raridade o traficante que age solitariamente...

Se se der outra interpretação ao dispositivo em apreço, de forma a alcançar todo e qualquer agente que preencha os demais requisitos, haverá incontornável discrepância com outras normas da mesma Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, como, por exemplo, a descrição típica de seu artigo 37 (mero informante).

No caso concreto, apurou-se que Dario estava desempregado (cf. Auto de Qualificação de fls. 17, que veio roborado pelo interrogatório judicial) e, nada obstante, trazia consigo, além de R\$ 134,00, variada e considerável quantidade de estupefacientes, ao menos dois deles de alta perniciosa [169 invólucros com *crack*, 90 cápsulas contendo cocaína e 38 porções de maconha; cf. Auto de Exibição e Apreensão (fls. 13/5), bem como laudos de constatação (fls. 29/32) e de exame químico-toxicológico (fls. 69/72)]. Ademais, o increpado em audiência admitiu exercer a torpe mercancia (fls. 77).

O entrelaçamento desses dados permite inferir que, quando de sua prisão, o sentenciado estava a perpetrar o comércio nefando como meio de vida, o que desautorizava, sem dúvida, a outorga da benesse.

Afastada, pois, a causa de diminuição debatida, e mantido o mesmo critério dosimétrico adotado na Instância monocrática, restam as reprimendas estabelecidas definitivamente em 5 (cinco) anos de reclusão, com multa de 500 (quinhentas) diárias mínimas.

3. Diante do exposto, meu voto dá provimento ao recurso aforado pela Justiça Pública a fim elevar a retribuição de Dario Oliveira Silva Júnior para reclusiva de 5 (cinco) anos, mais pecuniária de 500 (quinhentos) dias-multa - mantidos, naturalmente, regime prisional e valor unitário para a aflição financeira (fls. 21/24).

No presente *writ*, alega a impetrante, em suma, que o paciente sofre constrangimento ilegal, porquanto possui condições pessoais favoráveis para que seja aplicada a causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

Afirma, ainda, que o acórdão combatido reconheceu a primariedade do paciente e a pena foi fixada no mínimo legal, mas "manteve o regime inicial, que foi imposto na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

r. sentença à míngua de fundamentação idônea" (fl. 8).

Requer, liminarmente, que o paciente possa aguardar em liberdade o julgamento do mérito deste *writ*. No mérito pretende a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, em patamar máximo, bem como o abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena.

A liminar foi parcialmente deferida, no período de férias forenses, pelo Ministro Humberto Martins, Vice-Presidente desta Corte, no Exercício da Presidência, a fim de estabelecer o regime inicial semiaberto, até o julgamento do mérito deste *writ* (fls. 44/49).

Foram prestadas informações às fls. 66/73, 76/100 e 119/126.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral João Pedro de Saboia Bandeira de Mello Filho, pela denegação da ordem (fls. 102/117).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 408.242 - SP (2017/0171863-4)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICAVA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO FIXADO COM BASE, EXCLUSIVAMENTE, NA GRAVIDADE ABSTRATA E HEDIONDEZ DO DELITO DE TRÁFICO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM, RATIFICADA A LIMINAR DEFERIDA.

1. Concluído pela Corte de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.
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. O regime inicial fechado foi fixado com base, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento jurisprudencial pátrio.
4. Fixada a pena-base no mínimo legal, sendo a reprimenda final de 5 anos de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial semiaberto, a teor do disposto no art. 33, § 2º, alínea *b*, do Código Penal.
5. *Habeas corpus* parcialmente concedido a fim de fixar o regime inicial semiaberto, ratificada a liminar deferida.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Busca-se, por meio da presente impetração, a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

Mister sublinhar que o art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

Para melhor deslinde da controvérsia, confira-se excerto do acórdão proferido em sede de apelação:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso concreto, apurou-se que Dario estava desempregado (cf. Auto de Qualificação de fls. 17, que veio roborado pelo interrogatório judicial) e, nada obstante, trazia consigo, além de R\$ 134,00, variada e considerável quantidade de estupefacientes, ao menos dois deles de alta perniciosa [169 invólucros com *crack*, 90 cápsulas contendo cocaína e 38 porções de maconha; cf. Auto de Exibição e Apreensão (fls. 13/5), bem como laudos de constatação (fls. 29/32) e de exame químico-toxicológico (fls. 69/72)]. Ademais, o increpado em audiência admitiu exercer a torpe mercancia (fls. 77).

O entrelaçamento desses dados permite inferir que, quando de sua prisão, o sentenciado **estava a perpetrar o comércio nefando como meio de vida**, o que desautorizava, sem dúvida, a outorga da benesse (fls. 23/24) (grifou-se).

Verifica-se, dessarte, que a Corte de origem concluiu, com arrimo em elementos concretos dos autos, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, fazendo do tráfico seu meio de vida, o que não pode ser revisto sem o necessário revolvimento fático-probatório, inviável nesta sede, angusta por excelência. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. INVIABILIDADE DE INCIDÊNCIA DO REDUTOR. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. (...) HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

- A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que não há ilegalidade na negativa de aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 quando as circunstâncias do delito permitem aferir que o agente se dedica a atividades criminosas.

- No caso, extrai-se que o Tribunal a quo formou sua convicção com base nos elementos fáticos constantes dos autos para não aplicar a redutora do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, por entender que o paciente se dedicava à atividade criminosa, tendo em vista a variedade de droga apreendida (ecstasy, LSD e maconha), bem como as circunstâncias do delito - a quantia apreendida de R\$ 390,00 no seu veículo e, conforme fls. 489, foram encontrados um revólver calibre 38, uma espingarda calibre 12, uma carabina calibre 20, 14 cartuchos calibre 38, 8 cartuchos calibre 12, 4 cartuchos calibre 20 e 3 estojos calibre 20.

- Desconstituir tais assertivas demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via estreita do habeas corpus.

(...)

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 378.135/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 24/02/2017)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. MOTIVOS DIVERSOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. Não há falar em bis in idem na dosimetria da pena, haja vista que a exasperação da pena-base deu-se em razão da quantidade da substância entorpecente apreendida, e a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, por sua vez, foi negada por entender o Colegiado estadual, com base nas circunstâncias do caso concreto, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, motivos diversos, pois.

2. Concluído pelo Tribunal a quo, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

3. Devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado, com base nas circunstâncias do caso concreto, em especial a expressiva quantidade e a variedade das drogas apreendidas - 3.481, 89 g de cocaína acondicionadas em 5.696 sacos plásticos transparentes e 79,13 g de maconha acondicionadas em 42 sacos plásticos transparentes (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

4. Habeas corpus denegado.

(HC 384.720/RJ, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 24/02/2017)

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. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. INADMISSÍVEL NA VIA ELEITA. (...) WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)

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 pela instância ordinária, com fulcro na quantidade e natureza da droga apreendida, assim como nos demais elementos colhidos na instrução, que o paciente se dedica habitualmente ao tráfico de entorpecentes, a modificação desse entendimento - a fim de fazer



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

(...)

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 376.897/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017)

No mais, cumpre destacar 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)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 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.

No caso em tela, confira-se a fundamentação perfilhada pelo Magistrado de primeira instância acerca do tema:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Iniciará o desconto da reprimenda corporal em regime fechado, único afeto aos narcotraficantes, dado a hediondez do ilícito, por equiparação, ressalvando que os demais regimes prisionais desatendem o princípio da reprovabilidade/suficiência, incluso no que toca a substituição por pena restritiva de direitos (fl. 17).

O Colegiado estadual, por sua vez, apenas manteve o entendimento do Juízo de primeira instância, no ponto (fl. 24).

Na espécie, verifica-se que foi fixado o regime inicial fechado com base, tão somente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento jurisprudencial pátrio.

Ora, fixada a pena-base no mínimo legal, sendo a reprimenda final 5 anos de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial semiaberto, a teor do disposto no art. 33, § 2º, alínea *b*, do Código Penal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA FIGURA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. REGIME PRISIONAL FECHADO. REFERÊNCIA À HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. REGIME SEMIABERTO DEFERIDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO A RECOMENDAM. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. 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.

- Em relação à redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a sua aplicação demanda o preenchimento de quatro requisitos cumulativos, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organização criminosa.

- No caso, preenchidos os pressupostos para aplicação da benesse, necessário o redimensionamento da pena nos termos do supracitado artigo. Contudo, em razão da variedade das drogas, não deve ser aplicada a redutora no patamar máximo. Precedentes.

- 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

- O regime de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena comporta pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas 718 e 719/STF.

- No caso, a quantidade de drogas apreendidas não se mostram suficientes para justificar o regime mais gravoso. Dessa forma, tendo em vista que a paciente é primária, com pena inferior a 4 anos, mas também a não aplicação da redutora no patamar máximo, se mostra adequada a fixação do regime semiaberto, a teor do disposto nos arts. 33, §§ 2º, "b", e 3º, do Código Penal.

- Quanto à substituição, verifica-se que as circunstâncias do caso concreto não a recomendam.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena e fixar o regime semiaberto.

(HC 382.572/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 10/03/2017)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

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. In casu, foi fixado o regime inicial fechado com base, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

3. Fixada a pena-base no mínimo legal, ante a ausência de motivos para a sua exasperação, e tendo sido a reprimenda final estabelecida no patamar de 5 anos de reclusão, é razoável o restabelecimento do regime inicial semiaberto para o inicial cumprimento de pena, a teor do disposto no artigo 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.

4. Ordem concedida para fixar o regime semiaberto para o inicial cumprimento da pena do paciente.

(HC 382.382/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 02/03/2017)

Ante o exposto, **concedo parcialmente** a ordem, ratificada a liminar deferida, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena imposta ao paciente nos autos da ação penal n.º 0043758-54.2015.8.26.0050.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0171863-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 408.242 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0043758542015 00437585420158260050 20170000297319 43758542015
437585420158260050

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 : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RITA DE CASSIA GANDOLPHO - SP293626
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DARIO OLIVEIRA SILVA JUNIOR

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 parcialmente 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.