



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 408.674 - SP (2017/0175637-1)

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 : PEDRO LUIZ BELMIRO ROCHA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/06. AFASTAMENTO. SUPERVENIÊNCIA DE NOVAS CONDENAÇÕES POR FATOS POSTERIORES. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. REGIME INICIAL FECHADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. RÉU PRIMÁRIO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. ADEQUAÇÃO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Se no interregno entre a prática de um delito de tráfico e a correspondente sentença condenatória o acusado vem a cometer outro delito da mesma ou de natureza diversa, indicando a "dedicação às atividades criminosas", poderá o julgador afastar a aplicação da causa especial de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, instituto reservado para aqueles em que o tráfico se afigura como um evento isolado em suas vidas.
2. *In casu*, no momento da prolação da sentença condenatória, o magistrado *a quo* ressaltou que o réu já cumpria pena por tráfico e exploração de jogos de azar, delitos os quais, embora se refiram a fatos posteriores aos ora versados, servem para o fim de negar o reconhecimento do privilégio.
3. Para fixar o regime inicial fechado, amparou-se o juiz na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao entendimento dos Tribunais Superiores. Lado outro, o Sodalício estadual destacou a natureza e a quantidade da substância entorpecente apreendida, a qual, contudo, não se mostra de todo expressiva – 4,2g de cocaína – a ponto de justificar a imposição do regime inicial mais gravoso.
4. Diante da fixação da pena-base no mínimo legal, do *quantum* de pena estipulado (5 anos de reclusão), e da ausência de elementos concretos a justificar o regime mais gravoso, é possível estabelecer o equipamento intermediário para início do desconto da pena, a teor do disposto no art. 33, § 2º, alínea *b*, do Código Penal.
5. Ordem parcialmente concedida, apenas para fixar o regime inicial semiaberto para início do desconto da pena.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 28 de novembro de 2017(Data do julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 408.674 - SP (2017/0175637-1)

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 : PEDRO LUIZ BELMIRO ROCHA (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de PEDRO LUIZ BELMIRO ROCHA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal nº 0003581-36.2009.8.26.0510).

Segundo os autos, o paciente foi condenado à pena de **5 anos de reclusão, em regime fechado**, mais o pagamento de 500 dias multa, como incurso no **art. 33, caput, da Lei 11.343/06** (fls. 14/18).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de **apelação**, ao qual o Tribunal de Justiça **negou provimento** (fls. 19/26).

No presente mandamus, defende a impetrante, em suma, a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, bem como a imposição de regime inicial de cumprimento de pena menos gravoso.

Assere que, embora tenha sido reconhecida a primariedade e os bons antecedentes do paciente, as instâncias de origem negaram a aplicação da redutora sem qualquer fundamentação idônea. No ponto, ressalta que o paciente preenche todos os requisitos para que a redutora seja aplicada em seu patamar máximo, qual seja, em 2/3 (dois terços).

Pondera que, uma vez reconhecida a incidência da minorante, será cabível o regime inicial aberto para início do desconto da pena. Nesse sentido, destaca a primariedade do agente e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como invoca o teor dos enunciados sumulares 718 e 719 do STF e 440 desta Corte.

Ao final, pede, liminarmente, a expedição de alvará de soltura em favor do paciente. No mérito, pugna pela aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, no máximo, bem como a fixação do regime aberto ou, subsidiariamente, semiaberto.

Liminar indeferida às fls. 33/35.

Informações prestadas às fls. 40/42 e 45/54.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da impetração e pela não concessão da ordem, de ofício (fls. 56/63).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 408.674 - SP (2017/0175637-1)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/06. AFASTAMENTO. SUPERVENIÊNCIA DE NOVAS CONDENAÇÕES POR FATOS POSTERIORES. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. REGIME INICIAL FECHADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. RÉU PRIMÁRIO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. ADEQUAÇÃO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Se no interregno entre a prática de um delito de tráfico e a correspondente sentença condenatória o acusado vem a cometer outro delito da mesma ou de natureza diversa, indicando a "dedicação às atividades criminosas", poderá o julgador afastar a aplicação da causa especial de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, instituto reservado para aqueles em que o tráfico se afigura como um evento isolado em suas vidas.

2. *In casu*, no momento da prolação da sentença condenatória, o magistrado *a quo* ressaltou que o réu já cumpria pena por tráfico e exploração de jogos de azar, delitos os quais, embora se refiram a fatos posteriores aos ora versados, servem para o fim de negar o reconhecimento do privilégio.

3. Para fixar o regime inicial fechado, amparou-se o juiz na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao entendimento dos Tribunais Superiores. Lado outro, o Sodalício estadual destacou a natureza e a quantidade da substância entorpecente apreendida, a qual, contudo, não se mostra de todo expressiva – 4,2g de cocaína – a ponto de justificar a imposição do regime inicial mais gravoso.

4. Diante da fixação da pena-base no mínimo legal, do *quantum* de pena estipulado (5 anos de reclusão), e da ausência de elementos concretos a justificar o regime mais gravoso, é possível estabelecer o equipamento intermediário para início do desconto da pena, a teor do disposto no art. 33, § 2º, alínea *b*, do Código Penal.

5. Ordem parcialmente concedida, apenas para fixar o regime inicial semiaberto para início do desconto da pena.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Busca a impetrante, por intermédio do presente *writ*, a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, bem como a alteração do regime inicial de cumprimento de pena.

Para melhor compreensão da causa, eis o teor da sentença condenatória, no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que pertinente (fls. 17/18):

Passo a dosar as sanções, observando o método trifásico, previsto em lei.

Na primeira fase, os antecedentes do acusado não influem na mensuração das penas, porque o feito registrado contra ele desaguou em extinção da punibilidade, na forma da lei nº 9.099/1995; a quantidade e a qualidade do entorpecente apreendido devem ser consideradas na resposta penal (Habeas corpus nº 9242-RJ, STJ, Quinta Turma, rel. o Ministro FELIX FISCHER, v.u., DJU 18/10/1999, p. 242). No caso, tratava-se de cocaína, droga pesada, mas em pequena quantidade, apenas quatro porções. **Portanto, não sendo desfavoráveis as demais condicionantes das penas bases, ficam elas nos mínimos legais: cinco anos de reclusão e quinhentos dias multas.**

Na segunda fase, **não concorrem agravantes, nem atenuantes**, pois as **condenações por fatos ulteriores não podem aumentar as sanções.**

Finalmente, na terceira, tenho que não pode incidir a causa de diminuição criada pelo art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

Nesse passo, segundo a doutrina, exige-se, além de bons antecedentes, que o agente não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa. Segundo doutrina de escol (JESUS, Damásio E. de - Lei de Drogas Comentada, RT, SP, 2007, 2a ed. , p. 197), os requisitos são cumulativos, de modo que, "faltando um deles, inviável a benesse legal". **Da lição ali ministrada, deflui que o requisito normativo ("não se dedique às atividades criminosas, nem integre organização criminosa") traduz a situação do "traficante agindo de modo individual e ocasional", que não é a dos autos, ante a demonstração de que ele vem cumprindo pena por traficância e por exploração de jogo de azar.**

Inviáveis, também por isso, a substituição da privativa de liberdade, na forma introduzida pela Lei nº 9.714/98 e o "sursis".

O cumprimento da carcerária haverá de começar no regime fechado, por força do disposto na Lei nº 11.464/2007, que revogou a proibição contida no direito anterior (Lei nº 8.072/90, art. 2º, § 1º) .

(...)

Colhe-se do aresto impugnado (fls. 24/26):

A **pena-base** foi bem aplicada no seu **mínimo legal**, de 05 (cinco) anos de reclusão, mais ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, tendo em vista as circunstâncias judiciais favoráveis do artigo 59 do Código Penal e do artigo 42 da Lei nº 11.343/06.

Ressalta-se que as condenações posteriores aos fatos (fls. 170/173), não são suficientes para a caracterização da reincidência.

Contudo, o benefício do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 não deve ser aplicado diante da falta de primariedade (fls. 171/173), proibição esta decorrente de própria imposição legal e que, apesar de não ser passível de majoração da pena, afasta a causa especial de redução da reprimenda.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O regime prisional, por sua vez, foi fixado no inicial fechado, em decorrência da manutenção da hediondez do delito de tráfico de entorpecentes, nos ditames da Lei nº 8.072/90, com redação dada pela Lei nº 11.464/07.

Ressalta-se que a decisão apresentada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC nº 111.840/ES, em 27 de junho de 2012, reconhecendo e declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90 tem seus efeitos 'restritos ao processo e às partes litigantes', não possuindo efeito 'erga omnes', até porque, não afastada pelo Supremo Tribunal Federal a hediondez do delito, justificando a imposição do regime mais gravoso, em respeito aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização da pena.

Ademais, conquanto a pena tenha sido fixada aquém do patamar de 08 (oito) anos de reclusão, necessários para a imposição do regime fechado (artigo 33, §2º, alínea 'a', do Código Penal), consoante orientação do Superior Tribunal de Justiça, a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido — "cocaína" —, bem como as circunstâncias da ocorrência e as condenações posteriores por delito de tráfico de entorpecente (fls. 172), recomendam estabelecimento prisional fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do artigo 33, §§2º e 3º, do Código Penal (HC nº 189.960/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 16.08.2012).

Nesse mesmo sentido: HC 216.265/SP. Rel. Min. Og Fernandes, DJe 02.06.2012; HC 199.619/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Og Fernandes, DJe. 27.08.2012; e HC nº 225.568/ES, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe. 27.08.2012).

Diante do exposto, pelo meu voto, nega-se provimento ao recurso.

No que se refere à aplicação da causa especial de diminuição da pena,

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.

Segundo a impetrante, as condenações posteriores aos fatos em análise não seriam idôneas a retirar a primariedade do acusado para os fins de dosimetria na ação penal em testilha e, por conseguinte, também seriam inservíveis como argumento para afastar a concessão do privilégio.

Do que se colhe dos autos, a condenação *sub examinen* reporta-se a fatos ocorridos em 26.08.2008 (cf. fls. 12/13), com sentença proferida em 08.11.2011 (cf. fls. 14/18). Entrementes, o paciente foi processado e condenado por outros delitos, sendo certo que o édito condenatório de primeiro grau traz em destaque a informação de que ele já se encontrava "*cumprindo pena por traficância e jogos de azar*" quando do proferimento do ato jurisdicional. Todo esse contexto vem corroborado pela Folha de Antecedentes Criminais - FAC acostada aos autos às fls. 70/80.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pois bem.

De saída, é importante ressaltar que, em recente julgado, a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça firmou tese no sentido de que mesmo inquéritos policiais e ações penais em curso, embora não possam ser considerados para fins de antecedentes criminais e de reincidência, podem ser utilizados para firmar uma conclusão acerca da dedicação do réu às práticas delitivas, negando-se, por conseguinte a benesse prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06. Eis a ementa do julgado:

PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. REQUISITOS CUMULATIVOS. DEDICAÇÃO ATIVIDADE CRIMINOSA. UTILIZAÇÃO INQUÉRITOS E/OU AÇÕES PENAIIS. POSSIBILIDADE. PROVIMENTO DO RECURSO.

I - O benefício legal previsto no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 pressupõe o preenchimento pelo Réu de todos os requisitos cumulativamente, sendo eles: i) primariedade; ii) bons antecedentes;

iii) não dedicação em atividade criminosa; iv) não integrar organização criminosa.

II - O crime de tráfico de drogas deve ser analisado sempre com observância ao mandamento constitucional de criminalização previsto no artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal, uma vez que se trata de determinação do constituinte originário para maior reprimenda ao delito, atendendo, assim, ao princípio da vedação de proteção deficiente.

III - Assim, é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica à atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 .

IV - *In casu*, o Tribunal de Justiça afastou a causa de diminuição de pena mencionada em virtude de o Réu ostentar condenação por tráfico de drogas não transitada em julgado, considerando que ele se dedica à atividade criminosa por não desempenhar atividade lícita, bem como porque "assim que saiu da cadeia, voltou a praticar o mesmo delito".

Embargos de divergência providos para prevalecer o entendimento firmado no acórdão paradigma, restabelecendo o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça.

(EResp 1431091/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/12/2016, DJe 01/02/2017)

A bem da verdade, não comunguei com as razões apresentadas no julgado em epígrafe. Em apertada síntese, restei vencida por entender necessária a fiel observância ao princípio da presunção de inocência.

No entanto, devo reconhecer que, naquela oportunidade, importantes diretrizes foram lançadas no tocante à escorreita interpretação a ser levada a efeito para apreciação do cabimento do privilégio, trilhando esta Corte por um caminho de maior severidade, a reclamar uma interpretação de natureza mais restritiva ao reconhecimento do instituto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em primeiro lugar, frisou-se que o tráfico ilícito de entorpecentes é delito de gravidade diferenciada, contando com mandamento constitucional de criminalização, a expressar o **princípio da vedação à proteção penal deficiente como um de seus vetores distintivos**, o qual guarda harmonia com o princípio da suficiência à luz do postulado da proporcionalidade.

Assim, diante de uma pluralidade de interpretações admissíveis, reputou-se de maior relevância a realização de uma leitura teleológica, que tributasse maior restrição à aplicabilidade da redutora, prestigiando-se aquele agente que não é dedicado a ilícitos penais, diferenciado-o daquele que efetivamente se dedica ao tráfico de drogas com maior potencialidade lesiva à sociedade.

Nessa linha de intelecção, deve se valer o magistrado de todos os dados que possua no momento da prolação da sentença condenatória para avaliar com acuidade o preenchimento dos requisitos indispensáveis ao reconhecimento da minorante. O julgador formará sua convicção por intermédio da observação do meio de vida do réu, perscrutando-se se o seu sustento é obtido através da atividade nociva ou se o crime de tráfico é um evento isolado em sua vida.

Peço vênica para pinçar excerto doutrinário colacionado a contexto pelo eminente Ministro Felix Fischer, no bojo do EREsp 1.431.091/SP:

"O terceiro requisito para a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, §4º, é o que o agente não se dedique às atividades criminosas, o que significa dizer que o acusado deve **desenvolver algum tipo de atividade laborativa lícita e habitual, não apresentando personalidade voltada para a criminalidade, sendo o crime de tráfico a ele imputado naquele processo um evento isolado em sua vida**. Por isso, se restar evidenciado que o acusado faz parte de associação voltada para o tráfico de drogas (Lei nº 11.343/06, art. 35) ou é um dos integrantes de determinada associação criminosa (CP, nova redação do art. 288), não será possível a incidência da minorante do art. 33, §4º, ao crime de tráfico de drogas por ele praticado. (LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação Criminal Especial Comentada, 4ª Edição, Editora Juspodivm, 2016, pg. 757)

Volvendo-se ao caso dos presentes autos, à luz dos novos parâmetros sancionatórios ajustados, não vejo como desmerecer a existência de condenações criminais relativas a fatos posteriores como elemento apto para fins de apreciação da incidência da causa especial de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06. A prática posterior de novos delitos configura elemento idôneo a transparecer o exercício renitente de atividades ilícitas por parte do acusado, é dizer, ilustra a incursão do agente no seio da criminalidade.

Deve haver a distinção entre o traficante profissional do traficante pequeno ou eventual. Se a ideia matriz, a *mens legislatoris*, é mesmo aquilatar a dedicação do agente às



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atividades criminosas a fim de segregar a situação do debutante e do vezeiro em ilícitos, o momento em que cometidos os delitos, observada a razoabilidade, torna-se condição marginal para fins de aferição de incidência do privilégio.

Ora, se mesmo após processado pela prática de tráfico de entorpecentes, o agente decide se enveredar à habitualidade no exercício do comércio malsão ou mesmo no cometimento de atividades ilícitas de outra natureza, não me parece razoável beneficiá-lo de igual forma como se faz com aquele que apenas se inicia no mundo do crime

Sem embargo, haveria, pois, um contrassenso em adotar feitos em curso para aferição da dedicação às atividades criminosas e, de outra banda, ignorar a presença de uma condenação definitiva por delito da mesma natureza (tráfico de drogas), embora referente a fatos posteriores aos versados, como sói ser a hipótese dos autos.

Conforme explicitado alhures, deve o julgador, com prudência, analisar todo o contexto social em que inserido o réu, sua personalidade, a habitualidade, enfim, requisitos objetivos e subjetivos que norteiam, perfectibilizam e concretizam o princípio da individualização das penas como direito e garantia fundamental (art. 5º, XLVI, da CF).

Em conclusão: se no interregno entre a prática de um delito de tráfico e a correspondente sentença condenatória o acusado vem a cometer outro delito da mesma ou de natureza diversa, indicando a dedicação às atividades criminosas, é possível ao julgador promover o afastamento da causa especial de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, instituto reservado para aqueles em que o tráfico se afigura como um evento isolado em suas vidas.

Sendo exatamente essa a situação delineada nos autos, não vislumbro flagrante ilegalidade atinente à negativa de aplicação do privilégio.

Aparada essa aresta, vislumbro melhor sorte ao paciente no tocante à insurgência acerca da estipulação do regime inicial de cumprimento de pena.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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



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, 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, o magistrado *a quo* fixou o regime inicial fechado com fundamento na hediondez do delito de tráfico de drogas, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento jurisprudencial pátrio.

Lado outro, o Sodalício estadual destacou a natureza e a quantidade da substância entorpecente apreendida em poder do acusado, a qual, contudo, não se mostra de todo expressiva – *4,2g de cocaína* – a ponto de justificar a imposição do regime inicial mais gravoso.

No mais, em que pese mencionada a existência de condenações por fatos posteriores, manteve-se incólume a primariedade do agente, também não havendo valoração negativa dos antecedentes criminais.

Nesta quadra, diante da fixação da pena-base no mínimo legal, do *quantum* final de pena estipulado (5 anos de reclusão), e da ausência de elementos concretos a justificar o regime mais gravoso, é possível estabelecer o equipamento intermediário para início do desconto da pena, a teor do disposto no art. 33, § 2º, alínea b, do Código Penal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO PRIVILEGIADO DE DROGAS. PENA INFERIOR A 8 ANOS. CAUSA REDUTORA DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06). AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. REGIME FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. APLICAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS BRANDO. ART. 33, §§ 2º, ALÍNEA B, DO CÓDIGO PENAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. Constata-se a falta de interesse de agir da defesa no tocante à não aplicação da causa redutora de pena (§ 4º do art. 33 da Lei de Drogas), porquanto a referida benesse foi aplicada no patamar de 1/6 pelo Magistrado sentenciante e mantida pelo Tribunal a quo.

3. Sendo a quantidade de droga apreendida pequena (5,36g de cocaína), as circunstâncias judiciais favoráveis (art. 59 do CP), a pena-base fixada no mínimo legal e a pena aplicada inferior a 8 anos, não há justificativa para aplicar regime prisional mais gravoso, devendo ser imposto o regime semiaberto, de acordo com o disposto no art. 33, § 2º, alínea "b", e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma.

Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para fixar o regime inicial semiaberto.

(HC 408.690/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 05/10/2017, DJe 17/10/2017)

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**, apenas pra fixar o regime inicial semiaberto para início do desconto da pena.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0175637-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 408.674 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00035813620098260510 20120000589495 2192009 35813620098260510

EM MESA

JULGADO: 28/11/2017

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MARCUS VINICIUS AGUIAR MACEDO

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 : PEDRO LUIZ BELMIRO ROCHA (PRESO)

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 do Sr. Ministro Relator.

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