



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 374.975 - SP (2016/0272280-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : LUIS FERNANDO DOMINGUES MONTEIRO DE CASTRO
ADVOGADO : LUIS FERNANDO DOMINGUES MONTEIRO DE CASTRO - SP301328
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDERSON DA SILVA SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO PRIVILEGIADO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. NÃO CABIMENTO. FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA ESTABELECIDA ABAIXO DE 4 ANOS DE RECLUSÃO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. REGIME INICIAL ABERTO. CABIMENTO.

1. Não há constrangimento ilegal na negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos com fundamento na gravidade concreta do delito, indicada pela Corte local em razão da quantidade considerável de droga apreendida (298,2 gramas de maconha).

2. Na espécie, as instâncias ordinárias estabeleceram o regime inicial fechado com base, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores. Resultando a pena definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão, consideradas as circunstâncias judiciais favoráveis, a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas em seu grau máximo e o fato de se tratar de não reincidente, é cabível a fixação do regime inicial aberto.

3. *Writ* não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de estabelecer o regime inicial aberto de cumprimento 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, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, 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, 22 de novembro de 2016(Data do Julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 374.975 - SP (2016/0272280-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : LUIS FERNANDO DOMINGUES MONTEIRO DE CASTRO
ADVOGADO : LUIS FERNANDO DOMINGUES MONTEIRO DE CASTRO - SP301328
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDERSON DA SILVA SANTOS

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, impetrado em favor de ANDERSON DA SILVA SANTOS, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação nº 0003353-34.2012.8.26.0097).

O paciente foi condenado, como incurso no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei 11.343/06, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime fechado, e 166 dias-multa. No que interessa, constou da sentença (fls. 15/21):

Demonstradas a autoria e a materialidade do crime de tráfico, passo a dosar a pena a ser aplicada ao réu.

Neste mister, bem sopesados os elementos norteadores do artigo 59, do Código Penal, as circunstâncias judiciais são comuns à espécie. Tenho o entendimento de que a culpabilidade é normal para as drogas mais leves como maconha e "lança perfume". Para as intermediárias, como cocaína, a pena base é de 6 (seis) anos. Para o "crack", pelo grau maior de reprovabilidade da conduta, a pena base deve partir de 6 (seis) anos e 6 (seis) meses. Pena-base, portanto, no mínimo abstratamente previsto, qual seja, 05 (cinco) anos de reclusão e 500 dias multa.

Na segunda etapa, inexistem elementos a serem valorados.

Na terceira fase, de rigor o reconhecimento da causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da lei 13343/06. Diante da natureza da droga e de ausência de outros elementos que desqualifiquem o acusado, a diminuição é no máximo de 2/3, o que traz a pena para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, além de 166 dias-multa.

O dia multa é fixado no mínimo legal, ante a inexistência de elementos que permitam aferir a condição econômica do acusado.

Derradeiramente, anote-se que a pena carcerária do delito de tráfico deverá ser cumprida em regime inicial fechado, por força do que dispõe o artigo 2º, §1º da Lei 8.072/90.

Deixo de analisar a possibilidade de substituição por restritiva de direitos, bem como a concessão de suspensão condicional da pena em razão da vedação legal prevista no artigo 44 da lei 11.343/06.

Ante o exposto e considerando o mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE a presente ação penal movida pela Justiça Pública e, em consequência, CONDENO o acusado ANDERSON DA SILVA SANTOS, qualificado nos autos, às penas de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no mínimo legal, por infração ao disposto no artigo 33, caput, e parágrafo 4º, da Lei 11.343/06 Concedo o direito de recorrer em liberdade, já que aguardou o processo nessa condição e não surgiram elementos que justifiquem sua segregação cautelar.

O Tribunal de origem negou provimento à apelação defensiva, consignando o seguinte (fls. 22/33):

Na dosagem das penas, apesar da expressiva quantidade de maconha apreendida (quase 300g), o apelante teve a pena base fixada no mínimo legal.

Após, foi extremamente beneficiado, com a aplicação do privilégio previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 o que, sem reclamo ministerial e diante da proibição da *reformatio in pejus*, fica mantido.

Outrossim, não há que se falar em conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos.

Ainda que haja entendimento jurisprudencial em sentido contrário e mesmo que nos autos do Habeas Corpus nº 97.256, a expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" tenha sido incidentalmente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, sendo promulgada a Resolução nº 05/2012 pelo Senado Federal, essa C. 4ª Câmara de Direito Criminal mantém seu entendimento no sentido da impossibilidade da referida conversão.

Com efeito, inviável a fixação de penas restritivas aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, em qualquer de suas modalidades, havendo ou não aplicação do redutor de pena previsto no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, até porque a conversão das penas privativas de liberdade não é automática, devendo o Magistrado analisar os preceitos estabelecidos do Código Penal.

No presente caso, temos que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ao réu, que claramente praticava o comércio de drogas, é insuficiente para a prevenção e repressão do delito, sendo, portanto, sua concessão, vedada pelo art. 44, inciso III, do Código Penal.

Com efeito, o réu praticou crime gravíssimo, sendo com ele apreendido quantidade considerável de drogas, capazes de atingir a um sem-número de usuários e viciados. Assim, em razão da péssima conduta social do réu, bem como pelas circunstâncias concretas do crime, não há indicação de que tal substituição seja suficiente ou recomendável.

Quanto ao regime inicial fixado, nada a ser modificado.

Em que pese, mais uma vez, a existência de decisões em sentido contrário não vinculantes, diga-se - dos Tribunais Superiores, de rigor o regime inicial fechado para o cumprimento das sanções.

De se notar que o regime inicial fechado é o único compatível com a natureza e o grau de lesividade do delito de tráfico de entorpecentes, além de ser o único necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (art. 33, §3º c.c. art. 59 do Código



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Penal).

O ilícito do qual ora se trata tem como principal engrenagem motora a dependência química e psíquica, principalmente por parte de jovens de diferentes classes sociais, o que acaba por resultar no aumento da criminalidade pelo cometimento de crimes mais graves em prol do sustento de tal vício.

Daí porque cumprimento de pena privativa de liberdade em regime fechado permitirá ao réu uma maior recuperação, bem como a importante reflexão quanto ao impacto social e a gravidade de sua conduta, devendo ser agraciado com a liberdade apenas quando demonstrar que de fato assimilou a terapêutica prisional e possui comprometimento com sua reabilitação.

Diante de tudo quanto o exposto, vê-se não caber qualquer modificação ao decisum condenatório, que necessariamente é de ser reiterado, eis que devidamente fundamentado e prolatado em observância aos preceitos legais.

Por derradeiro, em relação ao pedido de restituição dos bens apreendidos, não restando devidamente comprovada sua origem lícita e havendo, ao contrário, indícios suficientes de que se tratava de bens adquiridos com dinheiro oriundo do tráfico de drogas, impõe-se seja mantido o perdimento.

Nada, portanto, há para ser modificado.

Posto isto, NEGO PROVIMENTO à apelação interposta.

Em conformidade com o decidido pelo Pleno do Pretório Excelso, no julgamento do habeas corpus 126.292, da Relatoria do Ministro Teori Zavaski, que confirmou a decisão da C. 4ª Câmara Criminal, nos autos da apelação criminal 000971592.2010.8.26.0268, em brilhante voto da Lavra do Exmo. Sr. Des. Luis Soares de Mello, expeça-se, imediatamente, o competente mandado de prisão.

Insurge-se o impetrante contra a fixação do regime fechado e a negativa da substituição da reprimenda por medidas restritivas de direitos. Invoca a Súmula 440 do Superior Tribunal de Justiça e as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal. Ainda, o decidido no HC 118.533, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (tráfico privilegiado não possui natureza hedionda).

Aduz que o regime mais gravoso amparou-se na hediondez e na gravidade em abstrato do crime.

Assere, também, que a Corte estadual, ao julgar a apelação, determinou a expedição de mandado de prisão. Entende, contudo, diante da possibilidade de substituição da pena, que ele deve aguardar solto o julgamento deste *writ*.

Requer a fixação do regime aberto, a substituição da pena por medidas restritivas de direitos e a expedição de contramandado de prisão ou alvará de soltura.

A liminar foi deferida às fls. 41/46, para que o paciente possa aguardar em regime aberto o julgamento definitivo do *writ*, ressalvada a hipótese de estar cumprindo pena por outro processo em regime diverso, ou de pesar contra ele mandado de prisão cautelar.

Na sequência, após as informações de fls. 51/59, fls. 60/68 e fls. 71/86, os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

autos foram encaminhados ao Ministério Público Federal, tendo a Subprocuradora-Geral da República Lindôra Maria Araujo opinado pelo não conhecimento e, caso conhecido, pela denegação do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 374.975 - SP (2016/0272280-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO PRIVILEGIADO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. NÃO CABIMENTO. FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA ESTABELECIDA ABAIXO DE 4 ANOS DE RECLUSÃO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. REGIME INICIAL ABERTO. CABIMENTO.

1. Não há constrangimento ilegal na negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos com fundamento na gravidade concreta do delito, indicada pela Corte local em razão da quantidade considerável de droga apreendida (298,2 gramas de maconha).

2. Na espécie, as instâncias ordinárias estabeleceram o regime inicial fechado com base, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores. Resultando a pena definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão, consideradas as circunstâncias judiciais favoráveis, a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas em seu grau máximo e o fato de se tratar de não reincidente, é cabível a fixação do regime inicial aberto.

3. *Writ* não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de estabelecer o regime inicial aberto de cumprimento da pena.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Consoante relatado, insurge-se o paciente contra acórdão que manteve sua condenação à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão pela prática do delito de tráfico ilícitos de drogas, concluindo pelo não cabimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos com base nos seguintes fundamentos:

Outrossim, não há que se falar em conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos.

Ainda que haja entendimento jurisprudencial em sentido contrário e mesmo que nos autos do Habeas Corpus nº 97.256, a expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" tenha sido incidentalmente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, sendo promulgada a Resolução nº 05/2012 pelo Senado Federal, essa C. 4ª Câmara de Direito Criminal mantém seu entendimento no sentido da impossibilidade da referida conversão.

Com efeito, inviável a fixação de penas restritivas aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, em qualquer de suas modalidades, havendo ou não aplicação do redutor de pena previsto no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, até porque a conversão das penas privativas de liberdade não é automática, devendo o Magistrado analisar os preceitos estabelecidos do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Código Penal.

No presente caso, temos que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ao réu, que claramente praticava o comércio de drogas, é insuficiente para a prevenção e repressão do delito, sendo, portanto, sua concessão, vedada pelo art. 44, inciso III, do Código Penal.

Com efeito, o réu praticou crime gravíssimo, **sendo com ele apreendido quantidade considerável de drogas, capazes de atingir a um sem-número de usuários e viciados**. Assim, em razão da péssima conduta social do réu, **bem como pelas circunstâncias concretas do crime**, não há indicação de que tal substituição seja suficiente ou recomendável.

Dessarte, verifica-se que foi utilizada fundamentação concreta pelo Tribunal local ao se indeferir o pleito de substituição da pena, considerada a quantidade de drogas apreendidas (298,2 gramas de maconha), em conformidade com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. SEMI-IMPUTÁVEL. PENA INFERIOR A 4 ANOS. APLICAÇÃO DA MINORANTE NO PATAMAR MÁXIMO. REGIME FECHADO FUNDAMENTADO NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTO IDÔNEO.

HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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

- A gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas não justifica a imposição do regime inicial fechado. Dessa forma, verificadas a primariedade do paciente, a aplicação da redutora em patamar máximo, bem como a fixação da pena definitiva no patamar de 6 meses e 20 dias de reclusão, deve ser fixado o regime inicial aberto, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal.

- **O acórdão está de acordo com a jurisprudência desta Corte, segundo a qual a natureza e a quantidade dos entorpecentes apreendidos constituem elementos indicativos de que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não seja suficiente para a prevenção e repressão do delito no caso concreto.**

- Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar ao paciente o regime inicial aberto.

(HC 336.083/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 10/03/2016, DJe 22/03/2016)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA E HEDIONDEZ DO DELITO. ILEGALIDADE EVIDENCIADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. A quantidade e natureza da droga apreendida podem interferir na escolha do regime mais gravoso de cumprimento de pena. Precedentes.

3. O quantum da condenação, 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, a primariedade, a análise favorável das circunstâncias judiciais e a quantidade e a natureza da droga apreendida (3 porções de "maconha", 16 porções de "cocaína", pesando cerca de 30 gramas e 34 pedras de "crack") permitem ao paciente iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime intermediário, conforme art. 33, § 2º, alínea "b", do CP, c/c art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

4. Esta Corte tem admitido que a impossibilidade da substituição da pena privativa de liberdade seja fundamentada com base na variedade, na quantidade e na natureza de droga apreendida. No caso, considerada a natureza da droga apreendida ("maconha", "cocaína" e "crack"), a denotar contornos de maior gravidade ao tráfico ilícito de drogas, não se mostra socialmente recomendada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para, ratificando a liminar deferida, fixar o regime inicial semiaberto.

(HC 331.812/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 26/11/2015)

Por outro lado, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

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

Ainda que assim não fosse, cumpre também mencionar que, de acordo com recente julgamento do 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

importância do ponto de vista das decisões de política criminal. HC 118533/MS, rel. Min. Cármen Lúcia, 23.6.2016. (Informativo 831)

Na espécie, verifica-se que o juiz fixou o regime inicial fechado nos seguintes termos:

Derradeiramente, anote-se que a pena carcerária do delito de tráfico deverá ser cumprida em regime inicial fechado, por força do que dispõe o artigo 2º, §1º da Lei 8.072/90.

No julgamento do apelo da defesa, o regime inicial mais gravoso foi mantido pelo Tribunal *a quo* em razão da gravidade em abstrato do delito:

Quanto ao regime inicial fixado, nada a ser modificado.

Em que pese, mais uma vez, a existência de decisões em sentido contrário não vinculantes, diga-se - dos Tribunais Superiores, de rigor o regime inicial fechado para o cumprimento das sanções.

De se notar que o regime inicial fechado é o único compatível com a natureza e o grau de lesividade do delito de tráfico de entorpecentes, além de ser o único necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (art. 33, §3º c.c. art. 59 do Código Penal).

O ilícito do qual ora se trata tem como principal engrenagem motora a dependência química e psíquica, principalmente por parte de jovens de diferentes classes sociais, o que acaba por resultar no aumento da criminalidade pelo cometimento de crimes mais graves em prol do sustento de tal vício.

Daí porque cumprimento de pena privativa de liberdade em regime fechado permitirá ao réu uma maior recuperação, bem como a importante reflexão quanto ao impacto social e a gravidade de sua conduta, devendo ser agraciado com a liberdade apenas quando demonstrar que de fato assimilou a terapêutica prisional e possui comprometimento com sua reabilitação.

Diante de tudo quanto o exposto, vê-se não caber qualquer modificação ao decisum condenatório, que necessariamente é de ser reiterado, eis que devidamente fundamentado e prolatado em observância aos preceitos legais.

Dessarte, as instâncias ordinárias estabeleceram o regime inicial fechado com base, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores. Com efeito, resultando a pena definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão de reclusão, consideradas as circunstâncias judiciais favoráveis, a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas em seu grau máximo e o fato de se tratar de não reincidente, é cabível a fixação do regime inicial aberto.

A esse respeito, cumpre trazer à baila os seguintes precedentes deste Sodalício:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME ABERTO. CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. DIVERSIDADE DA DROGA APREENDIDA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

V - In casu, o paciente é primário, teve valoradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais, - tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal -, e foi condenado pela prática de crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa (tráfico) à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão - em razão da redução pela metade ex vi do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06. Faz jus, portanto, ao regime aberto de cumprimento de pena, conforme preceitua o art. 33, §2º, alínea "c" e §3º, do Código Penal.

VI - Na espécie, a r. sentença condenatória negou a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos em razão da diversidade da droga. Dessa forma, o paciente não faz jus a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, a teor do disposto no art. 44, inciso III, do CP.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para confirmar a liminar e fixar o regime aberto para cumprimento da pena.

(HC 319.978/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 09/06/2015, DJe 24/06/2015)

PENAL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA E ESTABELECIMENTO DE REGIME MAIS GRAVOSO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REQUISITOS DO ART. 44 DO CPB PREENCHIDOS. SÚMULA 440 DO STJ. INCIDÊNCIA.

(...)

4. O réu é primário, sem antecedentes e a quantidade de entorpecentes apreendida não é suficiente a valorar negativamente sua pena, cujo quantum cumpre o requisito objetivo do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal para o estabelecimento do regime aberto. O Tribunal ordinário estabeleceu o regime inicial fechado para cumprimento da expiação fundado exclusivamente na natureza hedionda do delito, o que afronta o entendimento pacificado nesta Corte (Súmula 440).

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1486410/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 28/04/2015, DJe 12/05/2015)

PENAL E PROCESSUAL. PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRESENÇA DE CONDENAÇÃO DEFINITIVA POR FATO POSTERIOR. EXASPERAÇÃO INDEVIDA DA PENA-BASE. IMPOSIÇÃO DE MAIS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SEVERO REGIME PRISIONAL. PENA-BASE REDUZIDA AO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. FIXAÇÃO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. INADMISSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 440/STJ E 718 E 719/STF. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a existência de condenação definitiva por fato posterior não se presta a fundamentar validamente o aumento da pena-base. Precedentes.

3. Configura constrangimento ilegal a imposição do regime mais gravoso ao paciente - réu primário, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal -, sem motivação concreta, em virtude, unicamente, da gravidade abstrata do delito. Inteligência das Súmulas 440/STJ, 718 e 719/STF.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir as penas a 3 anos de reclusão e 700 dias-multa, fixando o regime inicial aberto para o cumprimento da pena reclusiva.

(HC 216.967/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 10/02/2015, DJe 23/02/2015)

Ante o exposto, **não conheço do writ** mas **concedo a ordem, de ofício**, a fim de fixar o regime inicial aberto de cumprimento da pena.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0272280-0

HC 374.975 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00033533420128260097 20160000733717 33533420128260097

EM MESA

JULGADO: 22/11/2016

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ROBERTO LUIS OPPERMAN THOMÉ

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LUIS FERNANDO DOMINGUES MONTEIRO DE CASTRO
ADVOGADO : LUIS FERNANDO DOMINGUES MONTEIRO DE CASTRO - SP301328
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDERSON DA SILVA SANTOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, 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.