



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 424.248 - MS (2017/0290886-2)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : JOENDERSON LIMA ARAUJO
PACIENTE : NAILSON PEREIRA DOS REIS

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. NULIDADE DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE OS PACIENTES INTEGRAVAM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. REGIME SEMIABERTO. ADEQUAÇÃO. RESSALVA DE ENTENDIMENTO DA RELATORA. PARCIAL CONCESSÃO DA ORDEM.

1. A análise da fundamentação implementada pela Corte de origem revela sua consonância com o entendimento dominante, acerca da necessidade de demonstração do efetivo prejuízo com a eventual nulidade da prova. Esta Corte de Justiça tem entendimento firme no sentido de que, tanto para a nulidade relativa, quanto para a absoluta, a inobservância procedimental não gera a anulação no processo se não resta comprovado o efetivo prejuízo, em obséquio ao princípio *pas de nullité sans grief*, positivado no artigo 563 do Código de Processo Penal. No caso, ao contrário do aduzido pela defesa, os pacientes encontravam-se soltos quando da intimação da sentença penal condenatória e a defesa foi pessoalmente intimada para o ajuizamento da apelação, não interposta à luz do princípio da voluntariedade recursal.

2. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo vedado revê-lo em sede de *habeas corpus*, salvo em situações excepcionais.

3. A Corte de origem adotou fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o *quantum* imposto, tendo em vista as circunstâncias do crime, cometido no interior de transporte público coletivo, com aptidão para expor maior número de pessoas ao contato com a droga, incluindo crianças e adolescentes. Além disso, pesa em desfavor dos pacientes a quantidade das substâncias



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entorpecentes envolvidas na empreitada criminosa – 41.840g de maconha – (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006).

4. Concluído pelas instâncias de origem, com arrimo nos fatos da causa, que os pacientes integravam organização criminosa, 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*.

5. As instâncias de origem justificaram a imposição do regime inicial fechado tão somente com base na hediondez e na gravidade abstrata do delito de tráfico, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento jurisprudencial pátrio. Assim, é imperiosa a fixação do regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal, tendo em vista o *quantum* da reprimenda final imposta, a saber, 5 anos e 10 meses de reclusão. Ressalva do entendimento pessoal desta Relatora.

6. *Habeas corpus* parcialmente concedido a fim de fixar o regime inicial semiaberto.

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 e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro.

Brasília, 03 de abril de 2018(Data do julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 424.248 - MS (2017/0290886-2)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : JOENDERSON LIMA ARAUJO
PACIENTE : NAILSON PEREIRA DOS REIS

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de JOENDERSON LIMA ARAÚJO e NAILSON PEREIRA DOS REIS, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, tendo em vista o acórdão proferido no julgamento dos Embargos Infringentes n.º 0000143-89.2014.8.12.0033/50000.

Segundo os autos, os pacientes foram condenados, respectivamente, às penas de 2 anos e 9 meses de reclusão e 2 anos e 6 meses de reclusão pela prática do delito previsto no art. 33, caput, § 4º, c/c art. 40, III, da Lei 11.343/2006, sendo-lhes fixado o regime fechado e permitida a substituição da pena por restritivas de direito.

Inconformado, o *parquet* estadual interpôs apelação, que foi provida, conforme acórdão assim sumariado (fls. 351):

APELAÇÃO CRIMINAL - PENAL E PROCESSO PENAL - TRÁFICO DE DROGAS - RECURSO MINISTERIAL - EVENTUALIDADE - AFASTADA - GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (41,840 KG DE MACONHA) - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO - DECOTADA - NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS - RECURSO PROVIDO.

Incabível a aplicação do tráfico privilegiado a substituição da pena corporal por restritiva de direitos quando não preenchidos os requisitos legais.

Sobreveio a oposição de embargos infringentes pela defesa, momento em que se reconduziu a existência de nulidade por ausência de intimação dos réus acerca da sentença. O recurso foi desprovido por acórdão cujo voto condutor está assim firmado (fls. 437/439):

Trata-se de Embargos Infringentes opostos por Joenderson Lima Araújo e Nailson Pereira dos Reis, contra acórdão proferido pela Primeira Câmara Criminal (fls. 320/331) que, por maioria, deu provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público, nos termos do voto do Relator,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vencida parcialmente a Revisora.

Nas razões de fls. 339/350, pretendem os embargantes que prevaleça o voto vencido (voto da revisora, Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha) que, fixou a pena-base no mínimo legal e reconheceu o tráfico privilegiado.

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de fls. 18/42, opina pelo conhecimento, e no mérito, o improvimento dos presentes embargos.

Pois bem. Ao analisar o recurso do Ministério Público, o Relator Des. Manoel Mendes Carli deu-lhe provimento, para, com o parecer, afastar a causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado.

O voto vencido, da lavra da Revisora, Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha, no ponto objeto dos presentes embargos infringentes, foi proferido, em síntese, nos seguintes termos:

"Peço vênia para divergir em parte do Ilustre Relator para, de ofício, retirar da pena-base os aumentos de circunstância (mal sopesada) e da quantidade da droga apreendida como negativa (para evitar bis in idem), fixando a pena base no mínimo legal e para prover o recurso do MP em menor extensão, para reconhecer o tráfico privilegiado porém em patamar diverso da sentença, reduzindo a pena em 1/6."

O recurso não comporta acolhimento.

I. Do redimensionamento da pena-base, afastamento da moduladora judicial das circunstâncias crime.

No que concerne a neutralização das circunstâncias judiciais negativas, entendo que o voto vencido não deve prosperar, devendo prevalecer o voto do Relator, que manteve como desfavorável a circunstância judicial da "circunstâncias do crime", pois devidamente fundamentada pelo juiz a quo, ao sentenciar que "as circunstâncias devem exasperar a pena, porquanto praticou o crime dentro de um ônibus coletivo, circunstância que, apesar de não caracterizar a causa de aumento, faz com que o crime fuja da normalidade, pois expõe ao contato com a droga um grande número de pessoas, inclusive crianças e adolescentes." (fl. 241)

Assim, ao fixar a pena, o magistrado a quo levou em consideração o artigo 59 do Código Penal, tendo ponderado acertadamente a circunstância do crime. Observou, ainda, a preponderância das circunstâncias contidas no artigo 42 da Lei 11.343/06, relativamente a natureza e quantidade da droga apreendida, no caso cocaína, que possui elevada lesividade.

Portanto, a majoração da pena-base em 02 anos, mostra-se consentânea com o princípio da proporcionalidade e logicidade.

II. Do pedido de aplicação da redutora (§ 4º, art. 33, Lei 11.343/06).

De acordo com o § 4º do art. 33, para o réu fazer jus ao benefício da diminuição, primaz se faz a presença de quatro requisitos cumulativos: a) primariedade; b) bons antecedentes; c) não dedicação às atividades criminosas; e d) não integração de organização criminosa.

Quanto aos dois primeiros (primariedade e bons antecedentes), bem anoto que trata-se de critério de avaliação objetiva, bastando a análise das folhas de antecedentes criminais para concluir pelo preenchimento, ou não, dos requisitos legais.

Por outro lado, os últimos requisitos (não dedicação às atividades criminosas e não integração de organização criminosa) envolve apreciação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

subjetiva do magistrado, porquanto necessária a análise: a) da conduta social do agente, b) as circunstâncias nas quais o crime se deu, e c) as condições em que se deu a conduta criminosa.

No caso em apreço, como se infere dos autos, a folha de antecedentes criminais nos dá conta que ausentes os dois primeiros requisitos, eis que não há registro de antecedentes criminais para os embargantes.

Melhor sorte não lhe assiste quanto aos dois outros requisitos, pois, constato dos autos, que os embargantes foram contratados para transportar expressiva quantidade de droga (41,84 quilos de maconha), da cidade de Paranhos-MS até a cidade de Itaquiraí-MS, o que evidencia seu envolvimento com organização criminosa, eis que, pelo quantum de droga apreendida é crível que os embargantes integrem a sociedade ilegal como "mulas" do tráfico.

Logo, ao que se observa das circunstâncias nas quais o delito se desenvolveu, não há como negar que os embargantes, embora tenham figurado como transportadores, integraram a facção criminosa dedicada ao comércio ilegal de drogas.

Ou seja: o suporte fático e probatório, consubstanciados nos elementos informativos da fase inquisitiva e corroborados pelas provas colhidas em juízo, é suficiente para embasar a condenação e afastar a pretendida redutora, qual seja, inegável o reconhecimento de que a conduta dos acusados não se enquadra em tráfico privilegiado.

Portanto, considerando as circunstâncias do delito, tem-se que os embargantes não fazem jus ao reconhecimento dos benefícios contidos no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas.

DO PREQUESTIONAMENTO

Com relação aos prequestionamentos aventados, esclareço que a matéria foi apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão de a matéria se confundir com o mérito e ter sido amplamente debatida.

CONCLUSÃO:

Ante o exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso defensivo interposto por JOENDERSON LIMA ARAÚJO e NAILSON PEREIRA DOS REIS, para reconhecer a moduladora das circunstâncias do crime, afastar a causa especial de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei de Drogas, restando a pena definitiva de Joenderson Lima Araújo em 05 anos e 10 meses de reclusão, mais 583 dias-multa e a pena definitiva de Nailson Pereira dos Reis em 05 anos de reclusão, mais 500 dias-multa, ambos em regime fechado, nos termos do voto do relator.

Importante lembrar que foi reconhecida a atenuante da confissão espontânea (art. 65. III, "d" do CP) ao embargante Joenderson Lima Araújo e as atenuantes da confissão espontânea e menoridade relativa (art. 65,1 e III, "d" do CP) a Nailson Pereira dos Reis, razão pela qual a pena definitiva restou reduzida nos termos da conclusão retro.

Alegando a existência de vício no julgamento da causa, ante a falta de apreciação de tema apresentado pela defesa, qual seja, ausência de intimação da sentença, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

defesa requereu a declaração de nulidade do processo em petição apartada, pretensão indeferida por força de decisão do relator (fls. 471/473):

Em que pesem os fundamentos alegados pela Defesa, o pedido de nulidade não deve ser acolhido.

Isto porque, o art. 564, III, "o", do Código de Processo Penal dispõe que a nulidade ocorrerá quando faltar a intimação, nas condições estabelecidas pela lei, para ciência de sentenças e despachos de que caiba recurso;

Pois bem, as condições estabelecidas pela lei estão previstas no inciso II, do CPP:

Art. 392. A intimação da sentença será feita:

I - ao réu, pessoalmente, se estiver preso;

II - ao réu, pessoalmente, ou ao defensor por ele constituído, quando se livrar solto, ou, sendo afiançável a infração, tiver prestado fiança;

III - ao defensor constituído pelo réu, se este, afiançável, ou não, a infração, expedido o mandado de prisão, não tiver sido encontrado, e assim o certificar o oficial de justiça;

IV - mediante edital, nos caso do n. II, se o réu e o defensor que houver constituído não forem encontrados, e assim o certificar o oficial de justiça;

V - mediante edital, nos caso do n. III, se o defensor que o réu houver constituído também não for encontrado, e assim o certificar o oficial de justiça;

VI - mediante edital, se o réu, não tendo constituído defensor, não for encontrado, e assim o certificar o oficial de justiça.

Assim, no que concerne a alegação de nulidade por não ter sido realizada a intimação pessoal dos acusados, esta não merece prosperar.

Conforme se extrai do art. 392, do Código de Processo Penal, tratando-se de réu solto, a intimação será realizada pessoalmente ou ao defensor por ele constituído. Ora, é o que ocorre no presente caso, senão vejamos:

Consta na certidão de fl. 263, que o oficial de justiça deixou de proceder a intimação dos acusados, sendo informado que estes não mais se encontravam no presídio, uma vez que o alvará de soltura de ambos havia sido cumprido um dia antes (fls. 258/261).

Assim, embora não tenha sido possível a intimação dos réus acerca da sentença proferida, por encontrarem-se soltos, o defensor público responsável por eles, fora devidamente intimado, conforme fl. 284.

Frise-se ainda, que nesta oportunidade, a defesa limitou-se em manifestar ciência da sentença e requereu vistas para apresentar contrarrazões, não interpondo nenhum recurso defensivo.

Além disso, não houve, no presente caso, nenhum prejuízo aos réus, uma vez que a Defensoria Pública representou-os em todos os atos processuais, não havendo que se falar em ocorrência de nulidade conforme alegado pela defesa.

Por fim, vale ressaltar que, diante da omissão verificada nos Acórdãos proferidos (fls. 320/331; 53/6), caberia à Defesa interpor recurso de Embargos de Declaração, o que também não fez.

Nesta senda, diante da não ocorrência de nulidade no presente feito, indefiro o pedido de baixa dos autos à instância de origem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dáí este *writ*, patrocinado pela Defensoria Pública, que alega, em primeiro plano, a existência de constrangimento ilegal no tocante à violação do contraditório e da ampla defesa, já que os pacientes, presos, não foram devidamente intimados da sentença para que pudessem interpor o regular recurso e, por sua vez, o Tribunal *a quo* sequer examinou a pretensão posta desde as contrarrazões ao recurso de apelação assinado pelo *parquet* estadual.

Aduz, também, vício na dosimetria da pena base e ofensa ao art. 59 do CP, na medida em que a pouca quantidade de droga apreendida com os pacientes, bem assim sua natureza, não poderia levar a juízo desfavorável das circunstâncias judiciais.

Nesse raciocínio, também defende o direito à aplicação do redutor previsto no § 4º da Lei n.º 11.343/2006, na linha do entendimento do juízo de primeiro grau, já que a quantidade de 28,570 quilos de maconha na mala de um paciente e de 13,270 quilos de maconha na mala do outro não pode ser considerada para fins de impedir o benefício legal, notadamente diante das condições pessoais favoráveis dos pacientes e do fato de que não compunham organização criminosa.

Sendo assim, requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para que seja declarada a nulidade do processo criminal ou, caso assim não se entenda, seja a pena-base fixada no mínimo legal, reconhecido o tráfico privilegiado, fixado o regime semiaberto e aplicada a substituição da pena corporal por restritivas de direito.

A liminar foi indeferida às fls. 484/488.

Foram prestadas informações às fls. 493 e 497.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Nívio de Freitas Silva Filho, pelo não conhecimento do *writ*, concedendo-se a ordem de ofício para aplicar a causa de diminuição do art. 33, §4º da Lei nº 11.343/06, estabelecer regime menos gravoso e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (fls. 537/547).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 424.248 - MS (2017/0290886-2)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. NULIDADE DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE OS PACIENTES INTEGRAVAM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. REGIME SEMIABERTO. ADEQUAÇÃO. RESSALVA DE ENTENDIMENTO DA RELATORA. PARCIAL CONCESSÃO DA ORDEM.

1. A análise da fundamentação implementada pela Corte de origem revela sua consonância com o entendimento dominante, acerca da necessidade de demonstração do efetivo prejuízo com a eventual nulidade da prova. Esta Corte de Justiça tem entendimento firme no sentido de que, tanto para a nulidade relativa, quanto para a absoluta, a inobservância procedimental não gera a anulação no processo se não resta comprovado o efetivo prejuízo, em obséquio ao princípio *pas de nullité sans grief*, positivado no artigo 563 do Código de Processo Penal. No caso, ao contrário do aduzido pela defesa, os pacientes encontravam-se soltos quando da intimação da sentença penal condenatória e a defesa foi pessoalmente intimada para o ajuizamento da apelação, não interposta à luz do princípio da voluntariedade recursal.

2. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo vedado revê-lo em sede de *habeas corpus*, salvo em situações excepcionais.

3. A Corte de origem adotou fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o *quantum* imposto, tendo em vista as circunstâncias do crime, cometido no interior de transporte público coletivo, com aptidão para expor maior número de pessoas ao contato com a droga, incluindo crianças e adolescentes. Além disso, pesa em desfavor dos pacientes a quantidade das substâncias entorpecentes envolvidas na empreitada criminosa – 41.840g de maconha – (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006).

4. Concluído pelas instâncias de origem, com arrimo nos fatos da causa, que os pacientes integravam organização criminosa, 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*.

5. As instâncias de origem justificaram a imposição do regime inicial fechado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tão somente com base na hediondez e na gravidade abstrata do delito de tráfico, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento jurisprudencial pátrio. Assim, é imperiosa a fixação do regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal, tendo em vista o *quantum* da reprimenda final imposta, a saber, 5 anos e 10 meses de reclusão. Ressalva do entendimento pessoal desta Relatora.

6. *Habeas corpus* parcialmente concedido a fim de fixar o regime inicial semiaberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Busca-se na presente impetração a nulidade do processo criminal ou, caso assim não se entenda, seja a pena-base fixada no mínimo legal, reconhecido o tráfico privilegiado, fixado o regime semiaberto e aplicada a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

No tocante à nulidade do feito ocasionada pela ausência de intimação pessoal dos acusados presos, para melhor deslinde da questão, mister observar a fundamentação adotada pela Corte de origem, ao apreciar petição da defesa (fls. 471/473):

Em que pesem os fundamentos alegados pela Defesa, o pedido de nulidade não deve ser acolhido.

Isto porque, o art. 564, III, "o", do Código de Processo Penal dispõe que a nulidade ocorrerá quando faltar a intimação, nas condições estabelecidas pela lei, para ciência de sentenças e despachos de que caiba recurso;

Pois bem, as condições estabelecidas pela lei estão previstas no inciso II, do CPP:

Art. 392. A intimação da sentença será feita:

I - ao réu, pessoalmente, se estiver preso;

II - ao réu, pessoalmente, ou ao defensor por ele constituído, quando se livrar solto, ou, sendo afiançável a infração, tiver prestado fiança;

III - ao defensor constituído pelo réu, se este, afiançável, ou não, a infração, expedido o mandado de prisão, não tiver sido encontrado, e assim o certificar o oficial de justiça;

IV - mediante edital, nos caso do n. II, se o réu e o defensor que houver constituído não forem encontrados, e assim o certificar o oficial de justiça;

V - mediante edital, nos caso do n. III, se o defensor que o réu houver constituído também não for encontrado, e assim o certificar o oficial de justiça;

VI - mediante edital, se o réu, não tendo constituído defensor, não for encontrado, e assim o certificar o oficial de justiça.

Assim, no que concerne a alegação de nulidade por não ter sido realizada a intimação pessoal dos acusados, esta não merece prosperar.

Conforme se extrai do art. 392, do Código de Processo Penal, tratando-se de réu solto, a intimação será realizada pessoalmente ou ao defensor por ele constituído. Ora, é o que ocorre no presente caso, senão vejamos:

Consta na certidão de fl. 263, que o oficial de justiça deixou de proceder a intimação dos acusados, sendo informado que estes não mais se encontravam no presídio, uma vez que o alvará de soltura de ambos havia sido cumprido um dia antes (fls. 258/261).

Assim, embora não tenha sido possível a intimação dos réus acerca da sentença proferida, por encontrarem-se soltos, o defensor público responsável por eles, fora devidamente intimado, conforme fl.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

284.

Frise-se ainda, que nesta oportunidade, a defesa limitou-se em manifestar ciência da sentença e requereu vistas para apresentar contrarrazões, não interpondo nenhum recurso defensivo.

Além disso, não houve, no presente caso, nenhum prejuízo aos réus, uma vez que a Defensoria Pública representou-os em todos os atos processuais, não havendo que se falar em ocorrência de nulidade conforme alegado pela defesa.

Por fim, vale ressaltar que, diante da omissão verificada nos Acórdãos proferidos (fls. 320/331; 53/6), caberia à Defesa interpor recurso de Embargos de Declaração, o que também não fez.

Nesta senda, diante da não ocorrência de nulidade no presente feito, indefiro o pedido de baixa dos autos à instância de origem.

De início, quanto à alegada nulidade na intimação dos pacientes, esta Corte de Justiça tem entendimento firme no sentido de que, ainda que se trate de nulidade absoluta, a inobservância procedimental não gera a anulação no processo se não resta comprovado o efetivo prejuízo, em obséquio ao princípio *pas de nullite sans grief* positivado no artigo 563 do Código de Processo Penal, *verbis*:

Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados de ambas as Turmas deste Superior Tribunal de Justiça com competência em matéria penal:

HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. LEI 11.719/08. APLICAÇÃO IMEDIATA. INOCORRÊNCIA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. RÉU INTERROGADO AO CABO DO PROCESSO.

1. No sistema da instrumentalidade das formas, adotado pelo Código de Processo Penal, as nulidades devem ser alegadas no momento oportuno e, para que o ato processual seja reconhecido como nulo, é imprescindível a demonstração de prejuízo da parte.

2. A demonstração do prejuízo - que em alguns casos, por ser evidente, pode decorrer de simples procedimento lógico do julgador - é reconhecida pela jurisprudência atual como essencial tanto para a nulidade relativa quanto para a absoluta, consoante julgados do Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

(...)

(HC 259.657/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2014, DJe 04/09/2014)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. PROCESSO PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E AO DISPOSTO NO ART. 188 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PLEITO DE ANULAÇÃO DE DUAS AUDIÊNCIAS. AUSÊNCIA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. ORDEM DE HABEAS CORPUS
NÃO CONHECIDA.

(...)

5. Não obstante, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior é uníssona no sentido de que, tanto nos casos de nulidade relativa quanto nos casos de nulidade absoluta, o reconhecimento de vício que enseje a anulação de ato processual exige a efetiva demonstração de prejuízo ao acusado, à luz do art. 563 do Código de Processo Penal (pas de nullité sans grief). Na hipótese dos autos, não é possível atender ao ato postulatório defensivo, pois não houve a demonstração de que eventual mácula ocorrida nas audiências em questão tenha trazido prejuízo à defesa do acusado.

(...)

(HC 238.659/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 22/05/2014, DJe 29/05/2014)

E, no presente caso, é da própria letra da decisão proferida pela Corte estadual que não restou demonstrada a existência de qualquer prejuízo concreto ao direito de defesa em virtude da ausência de intimação pessoal dos acusados da sentença condenatória, porquanto não mais se encontravam presos quando do ato intimatório.

Vale dizer, por já estarem soltos quando da diligência de intimação da sentença penal condenatória, sugeriu-se que nem mesmo teria aplicabilidade o disposto no art. 392, inciso I, do Código de Processo Penal. Nesse aspecto, a defesa teria partido de premissa equivocada ao pleitear a nulidade, qual seja, estarem os pacientes presos quando da realização da intimação da sentença.

Cumpre não olvidar que a Defensoria Pública foi pessoalmente intimada da sentença, dela tomando expressamente ciência à fl. 315, optando por não interpor recurso de apelação, à luz do princípio da voluntariedade recursal.

Destarte, inexistente a nulidade aventada, nem afronta ao art. 564, III, "o" do CPP, haja vista que, ao contrário do alegado, os pacientes estavam soltos à época da intimação, bem como que houve intimação pessoal da defesa (fls. 258/263).

Quanto ao pleito de diminuição da pena-base ao mínimo legal, insta salientar que é firme na jurisprudência dos Tribunais Superiores a convicção de que o *habeas corpus* não é a via apropriada para a discussão da dosimetria da pena, quando há a necessidade de mergulho em dados fáticos. Nesse sentido:

HC e Ponderação de Circunstâncias Judiciais - 1

O *habeas corpus* não se presta para ponderar, em concreto, a suficiência das circunstâncias judiciais invocadas pelas instâncias de mérito para a majoração da pena. Com base nesse entendimento, a Turma, por maioria, indeferiu *habeas corpus* em que se alegava a ausência de indicação de elementos concretos que justificassem a fixação, acima do mínimo legal, da pena imposta à paciente. Sustentava a impetração, também, equívoco no reconhecimento de circunstância elementar do tipo como agravante (CP, art. 61, II, g). No caso, a paciente fora condenada às penas do art. 171,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

caput (2 vezes), e § 3º, c/c os artigos 61, II, g e 71, *caput*, todos do CP, por haver, na condição de prestadora de serviços em estabelecimento bancário, subtraído vultosa importância em dinheiro. O juízo sentenciante reputara como motivo do crime a obtenção de lucro fácil em detrimento do patrimônio alheio e informara que as consequências do delito não seriam favoráveis à paciente, uma vez que os prejuízos não foram integralmente ressarcidos. Contra essa decisão, a defesa apelara, sendo seu recurso parcialmente provido para excluir a causa de aumento prevista no § 3º do art. 171 do CP, readequar a pena e fixar o regime prisional aberto. Na sequência, interpusera recurso especial, inadmitido, o que ensejara agravo de instrumento acolhido para reduzir o acréscimo aplicado ao crime continuado e, dessa forma, substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

(...)

Considerou-se, na espécie, que houvera a indicação de fatos concretos e, em tese, válidos para a majoração impugnada, especialmente pela culpabilidade da paciente em razão da reprovabilidade de sua conduta e das consequências do crime (CP, art. 59), não se mostrando juridicamente desproporcional a fixação da pena-base em 2 anos de reclusão. Ademais, ressaltou-se orientação da Turma no sentido de que as circunstâncias e consequências do crime permitem mensurar o grau de culpabilidade da conduta. Por fim, afirmou-se que, para a pena-base ser estabelecida no mínimo legal e ser afastada a circunstância agravante prevista no art. 61, II, g, do CP, nos termos dos pedidos formulados pela impetração, far-se-ia necessário profundo revolvimento de fatos e provas, incabível na sede eleita. Vencido o Min. Carlos Britto que deferia parcialmente a ordem para determinar que o juiz refizesse a pena-base, dela excluindo a motivação do ganho fácil.

HC 97677/PR, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009. (Informativo 561, 7 de outubro de 2009)

Assim, a correção da reprimenda penal nesta sede é extraordinária, como já registrei:

Na apreciação das condenações em que se apuram vícios de fundamentação na individualização da pena, existindo elementos concretos que assim o permitam, o Superior Tribunal de Justiça tem procedido à imediata correção da ilegalidade, redimensionando a pena, ou então substituindo-a por restritiva de direitos (HC 66238/GO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06.12.2007, DJ 19.12.2007 p. 1234; HC 97.374/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06.03.2008, DJ 07.04.2008 p. 1).

(...)

A mencionada opção de se manter a condenação lembra, em alguma medida, a concepção de *capítulos da sentença*, de Cândido Rangel Dinamarco. Segundo o Professor Titular de Direito Processual Civil da USP:

“Assim sintetizadas, as diversas espécies de sentenças são dotadas de estruturas substanciais diferentes porque, enquanto as meramente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

declaratórias só apresentam um momento lógico (o da declaração), as demais contêm esse e mais um elemento.

(...)

Daí por que se diz que, enquanto as sentenças meramente declaratórias são compostas por um núcleo substancial muito simples (só a declaração), as demais contêm outros momentos lógicos além do momento declarativo.

Todas elas são suscetíveis de conter na parte dispositiva mais de um núcleo decisório, repartindo-se pois em *capítulos*. São capítulos da sentença *as partes em que ideologicamente se decompõe o decisório de uma sentença ou acórdão, cada uma delas contendo o julgamento de uma pretensão distinta*. (...) O elegante e riquíssimo tema dos *capítulos da sentença*, pouco desenvolvido na doutrina brasileira, é um fator de grande utilidade para a solução de muitos problemas relativos aos recursos, à nulidade da sentença, à liquidação desta, aos embargos do executado etc." (*Instituições de direito processual civil*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, vol. III, 2004, p. 197-198).

Fazendo-se uma transposição para a sentença penal, a anulação apenas da parte da sentença relativa à individualização da pena corresponderia a deixar íntegro o capítulo materialidade/autoria e entender contaminado aquele relativo à dosimetria.

O Superior Tribunal de Justiça, em situações tais, tem agido de modo a valorizar a garantia do *habeas corpus*, ampliando seu espectro de conhecimento e valorizando o *ius libertatis*. Opta-se por corrigir, desde logo, as distorções na fixação da pena e por escolher o regime inicial mais apropriado para o desconto da reprimenda. (MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis, MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. *Motivação da sentença condenatória e o habeas corpus perante o Superior Tribunal de Justiça. Renovação processual penal após a Constituição de 1988: estudos em homenagem ao professor José Barcelos de Souza*. Coord. Marcellus Polastri Lima et. al. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 221-222).

Na espécie, não se vislumbra manifesto constrangimento ilegal a excepcionar o referido posicionamento.

Acerca do tema, impende transcrever o seguinte excerto do voto condutor dos embargos infringentes opostos pela defesa, nos quais foram mantidas as circunstâncias judiciais desfavoráveis consideradas na sentença (fls. 436/439):

I. Do redimensionamento da pena-base, afastamento da moduladora judicial das circunstâncias crime.

No que concerne a neutralização das circunstâncias judiciais negativas, entendo que o voto vencido não deve prosperar, **devendo prevalecer o voto do Relator, que manteve como desfavorável a circunstância judicial da "circunstâncias do crime", pois devidamente fundamentada pelo juiz a quo, ao sentenciar que "as circunstâncias devem exasperar a pena, porquanto praticou o crime dentro de um ônibus coletivo, circunstância que, apesar de não caracterizar a causa**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de aumento, faz com que o crime fuja da normalidade, pois expõe ao contato com a droga um grande número de pessoas, inclusive crianças e adolescentes." (fl. 241)

Assim, ao fixar a pena, o magistrado a quo levou em consideração o artigo 59 do Código Penal, tendo ponderado acertadamente a circunstância do crime. Observou, ainda, a preponderância das circunstâncias contidas no artigo 42 da Lei 11.343/06, relativamente a natureza e quantidade da droga apreendida, no caso cocaína, que possui elevada lesividade.

Portanto, a majoração da pena-base em 02 anos, mostra-se consentânea com o princípio da proporcionalidade e logicidade.

Verifica-se, dessarte, que foram adotados elementos concretos para justificar a primeira fase da dosimetria, não parecendo arbitrário ou desarrazoado o *quantum* imposto.

A esse respeito, foram levadas em consideração, em especial, as *circunstâncias do crime*, cometido dentro de um ônibus, acarretando mais elevada aptidão para expor um maior número de pessoas em contato com a droga, inclusive crianças e adolescentes. Tal circunstância não se mostra genérica, está concretamente embasada e é hábil a ensejar o aumento da pena-base.

Foi também ressaltada a quantidade das substâncias entorpecentes envolvidas na empreitada criminosa – **41.840kg no total, sendo uma mala com 28.570kg e 13.270kg** –, a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/06.

O indigitado dispositivo legal determina que "*o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente*".

Nesse passo, tratando-se dos crimes previstos na Lei de Drogas, a quantidade, assim como a natureza e a variedade das substâncias entorpecentes são fatores que preponderam sobre as circunstâncias judiciais do art. 59 do *Codex*, haja vista que, quanto maior o volume e quanto mais deletérios os efeitos da droga, maior será a probabilidade de lesão ao bem jurídico tutelado, qual seja, a saúde pública.

Assim, levando em consideração tais elementos, não se vislumbra manifesta ilegalidade na fixação da pena-base acima do mínimo legal a ensejar a concessão da ordem, não sendo, portanto, desarrazoado o patamar fixado na espécie. Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE PARA O DELITO DE TRÁFICO FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE, NATUREZA E VARIEDADE DE DROGAS APREENDIDAS. PREVISÃO NO ART. 42 DA LEI DE DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- A quantidade, a natureza e a diversidade das drogas apreendidas são fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, preponderam na fixação das penas no tráfico ilícito de entorpecentes.

- No caso, a fixação da pena-base acima do mínimo legal teve por fundamento a quantidade, variedade e natureza das drogas apreendidas - maconha e cocaína -, revelando-se razoável e proporcional a exasperação da pena-base em 1/5 acima do mínimo legal.

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 377.447/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 10/02/2017)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. DIVERSIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO DEFINITIVA ANTERIOR PELO MESMO DELITO. PATAMAR ACIMA DO MÍNIMO (1/6). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado.

3. Hipótese em que, atenta a legislação de regência, a Corte de origem fixou a pena-base no patamar de 1/6 acima do mínimo legal, considerando como desfavoráveis a diversidade e a natureza altamente lesiva das drogas apreendidas (cocaína e crack), o que não se mostra desproporcional.

4. A reincidência específica ou a multirreincidência justificam a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exasperação da pena, na segunda fase da dosimetria, acima do mínimo legalmente previsto (1/6). Precedentes.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 364.489/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. ATENUANTE DA CONFISSÃO. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. NECESSIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. In casu, não se vislumbra ilegalidade manifesta a ser reconhecida na primeira fase da dosimetria, porquanto as instâncias de origem adotaram fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o quantum imposto, tendo em vista a invocação da quantidade e a variedade das drogas apreendidas (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006).

2. A Terceira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que a atenuante da confissão espontânea, por envolver a personalidade do agente, deve ser compensada com a agravante da reincidência (EREsp n.º 1.154.752-RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 23.5.2012).

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para compensar a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, reduzindo a pena privativa de liberdade imposta ao paciente para 6 anos de reclusão e 600 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 352.967/SP, de minha Relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 24/06/2016)

Quanto à aplicação da causa de diminuição vindicada, 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.

A Corte de origem fundamentou a negativa da redutora, nos termos do voto condutor do julgamento da apelação, abaixo transcrito no ponto pertinente (fls. 351/362):

Muito embora os réus sejam primários e possuam bons antecedentes, não preenchem os demais requisitos elencados no artigo supracitado, pois a prova colhida no caderno processual indica que **os mesmos integram organização criminosa.**

Cumprе observar que a causa de diminuição em comento tem por escopo beneficiar os traficantes de primeira viagem que seduzidos pela oferta do dinheiro fácil acabam ingressando na vida criminosa transportando vez ou outras pequenas quantidades de droga capazes de lhe assegurar a própria subsistência, o que não se trata do caso em apreço,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pois os réus foram surpreendidos transportando 41,840 Kg de maconha f. 33-34.

E cediço que o transporte de grande quantidade de droga exige experiência e preparo por parte de quem o transporta, para que se possa garantir que será entregue ao seu destino final. Ademais, que existe a prestação de contas ao seu proprietário, portanto, é lógico que o "transportador" nesta hipótese integra organização criminosa, porquanto em uma empreitada desta monta há de prevalecer relação de confiança.

Destarte, tendo em vista a enorme quantidade de droga transportada, impõe-se o afastamento da diminuta.

Logo, resta a pena definitiva de Joenderson Lima Araújo em 5 (cinco) anos, 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos e de Nailson Pereira dos Reis em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Por consequência, afasto a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, em razão do não preenchimento do requisito temporal previsto no artigo 44, inciso I, do Código Penal.

Diante do exposto, com o parecer, dou provimento ao recurso do Ministério Público Estadual, para afastar o tráfico privilegiado e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos dos apelados Joenderson Lima Araújo e Nailson Pereira dos Reis.

Por consequência, resta a pena definitiva de Joenderson Lima Araújo em 5 (cinco) anos, 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos e de Nailson Pereira dos Reis em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, ambos em regime fechado.

Interpostos embargos infringentes, foi o recurso desprovido por acórdão cujo voto condutor está assim firmado sobre a questão (fls. 437/439):

II. Do pedido de aplicação da redutora (§ 4º, art. 33, Lei 11.343/06).

De acordo com o § 4º do art. 33, para o réu fazer jus ao benefício da diminuição, primaz se faz a presença de quatro requisitos cumulativos: a) primariedade; b) bons antecedentes; c) não dedicação às atividades criminosas; e d) não integração de organização criminosa.

Quanto aos dois primeiros (primariedade e bons antecedentes), bem anoto que trata-se de critério de avaliação objetiva, bastando a análise das folhas de antecedentes criminais para concluir pelo preenchimento, ou não, dos requisitos legais.

Por outro lado, os últimos requisitos (não dedicação às atividades criminosas e não integração de organização criminosa) envolve apreciação subjetiva do magistrado, porquanto necessária a análise: a) da conduta social do agente, b) as circunstâncias nas quais o crime se deu, e c) as condições em que se deu a conduta criminosa.

No caso em apreço, como se infere dos autos, a folha de antecedentes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminais nos dá conta que ausentes os dois primeiros requisitos, eis que não há registro de antecedentes criminais para os embargantes.

Melhor sorte não lhe assiste quanto aos dois outros requisitos, pois, constato dos autos, que os embargantes foram contratados para transportar expressiva quantidade de droga (41,84 quilos de maconha), da cidade de Paranhos-MS até a cidade de Itaquiraí-MS, o que evidencia seu envolvimento com organização criminosa, eis que, pelo quantum de droga apreendida é crível que os embargantes integrem a sociedade ilegal como "mulas" do tráfico.

Logo, ao que se observa das circunstâncias nas quais o delito se desenvolveu, não há como negar que os embargantes, embora tenham figurado como transportadores, integraram a facção criminosa dedicada ao comércio ilegal de drogas.

Ou seja: o suporte fático e probatório, consubstanciados nos elementos informativos da fase inquisitiva e corroborados pelas provas colhidas em juízo, é suficiente para embasar a condenação e afastar a pretendida redutora, qual seja, inegável o reconhecimento de que **a conduta dos acusados não se enquadra em tráfico privilegiado.**

Portanto, considerando as circunstâncias do delito, tem-se que os embargantes não fazem jus ao reconhecimento dos benefícios contidos no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Na espécie, verifica-se que foi negada a redutora por entenderem as instâncias ordinárias que os pacientes, na condição de transportadores da substância entorpecente apreendida, não fariam jus ao benefício.

Cumpre salientar que esta Corte, na esteira do posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, entende que o fato de os agentes terem atuado como transportadores da droga, condição vulgarmente conhecida como "mula", não é suficiente para induzir à conclusão acerca da dedicação habitual às atividades criminosas ou participação em organização criminosa, de maneira estável e permanente, afastando, peremptoriamente, a incidência da referida benesse.

Assim, para a concessão da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 faz-se imprescindível a análise das demais circunstâncias de cada caso concreto.

Na espécie, destacou a Corte de origem que os pacientes *"foram contratados para transportar expressiva quantidade de droga (41,84 quilos de maconha), da cidade de Paranhos-MS até a cidade de Itaquiraí-MS"*, concluindo então que *"a conduta dos acusados não se enquadra em tráfico privilegiado"*.

Nesse passo, a condição de transportadores da droga foi aliada à quantidade de entorpecentes envolvida e ao trajeto mediante transporte público de um município a outro, para a negativa da redutora, o que não se mostra ilegal ou impertinente ao exame relativo à configuração do tráfico privilegiado.

Em recente julgamento, sob a minha relatoria, esta Sexta Turma manteve o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entendimento do Tribunal estadual ao vedar a aplicabilidade da referida causa de diminuição em situação similar. Veja-se:

HABEAS CORPUS . TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE A PACIENTE POSSUÍA ENVOLVIMENTO COM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ANÁLISE PREJUDICADA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. Concluído pelas instâncias de origem, com arrimo nos elementos concretos dos autos, que a paciente possuía envolvimento com organização criminosa, 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. Negado o pleito de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, resta prejudicada análise dos pedidos de fixação do regime inicial de cumprimento aberto e de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

3. Habeas corpus denegado.

Verifica-se, portanto, que as instâncias de origem concluíram, com arrimo em elementos concretos dos autos, que os pacientes possuíam envolvimento com organização criminosa, o que não pode ser revisto sem o necessário revolvimento fático-probatório, inviável nesta sede, angusta por excelência. Nesse sentido, *mutatis mutandis*:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

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.

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 integrem 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 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 tocante ao 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 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;



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Outrossim, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, no exame do HC n.º 118.533/MS, julgado em 23.6.2016, de relatoria da Excelentíssima Ministra Cármen Lúcia, passou a entender que "o crime de tráfico privilegiado de drogas não tem natureza hedionda". A ementa do acórdão do HC n.º 118.533/MS restou assim redigida, *verbis*:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO: INVIABILIDADE. HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA.

1. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos.

2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminoso.

3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90.

4. Ordem concedida.

(HC 118533, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 16-09-2016 PUBLIC 19-09-2016).

A partir de então, as Egrégias Quinta e Sexta Turmas desta Corte Superior, revendo a anterior posição, passaram a acompanhar o recente julgado da Suprema Corte.

Confiram-se, a propósito, os seguintes precedentes:

EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PACIENTE CONDENADO PELO CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES À PENA DE 1 (UM) ANO E 8 (OITO) MESES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. CRIME HEDIONDO. RESP REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA N. 1.329.088/RS. ENTENDIMENTO ALTERADO PELO PLENÁRIO DA SUPREMA CORTE (HC-118.533/MS). APLICAÇÃO DO ART. 927, V, DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, C/C ART. 3º DO CPP. INDULTO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 1º, XIV, DO DECRETO N. 8.380/2014. DEFERIMENTO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. Consolidou-se nesta Corte Superior de Justiça, por meio do recurso especial representativo da controvérsia (REsp n. 1329088/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 26/4/2013), entendimento no sentido de que a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 não afasta a natureza hedionda do crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

3. No entanto, deve-se acompanhar recente decisão do plenário da Suprema Corte, no exame do HC n. 118.533/MS, julgado em 23/6/2016, de Rel. da Ministra Cármen Lúcia, na qual se assentou que "o crime de tráfico privilegiado de drogas não tem natureza hedionda". Aplicação do art. 927, V, do Novo CPC, c/c art. 3º do CPP.

4. No caso, o paciente foi condenado à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, tendo cumprido, em prisão provisória, 10 (meses) e 17 (dias), o que autoriza a concessão do indulto, a teor do art. 1º, XIV, do Decreto Presidencial n. 8.380/2014.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de, afastando a hediondez do crime tipificado no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, deferir o indulto pleno ao paciente, nos termos do Decreto Presidencial n. 8.380/2014.

(HC 370.687/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 27/10/2016)

HABEAS CORPUS. FALTA DE CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REVISÃO DAS PROVAS. DESCLASSIFICAÇÃO. INVIABILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. REPRIMENDA INFERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. NEGATIVA DA SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. É incabível em *habeas corpus* a revisão da prova que levou à condenação dos pacientes ou mesmo a desclassificação da conduta imputada para a infração penal prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

2. É possível a determinação de execução provisória da pena após o esgotamento das instâncias ordinárias.

3. Diz a jurisprudência que, fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito (Súmula 440/STF). Além disso, a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada (Súmula 718/STF).

4. Configura constrangimento ilegal a imposição, sem motivação idônea, de regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permite (Súmula 719/STF).

5. A vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos condenados por tráfico de drogas não encontra respaldo no entendimento dos Tribunais Superiores, não subsistindo as vedações previstas nos arts. 33, § 4º, e 44, *caput*, da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

6. Segundo recente julgado do Plenário do STF, o chamado tráfico



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

privilegiado não deve ser considerado crime de natureza hedionda.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para, confirmando a liminar deferida, fixar o regime aberto como inicial para cumprimento da pena e a fim de restabelecer a substituição da reprimenda nos termos em que concedida na sentença.

(HC 363.677/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 22/09/2016)

Por fim, sedimentando o novo posicionamento nesta Corte, a Terceira Seção, em julgamento da Petição n.º 11.796/DF, de minha relatoria, ocorrido em 23/11/2016, à unanimidade, acolheu a tese segundo a qual o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo, revisando o entendimento consolidado por ocasião do julgamento do citado REsp n.º 1.329.088/RS e, consequentemente, cancelando o enunciado n.º 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.

O Magistrado sentenciante fundamentou a fixação do regime inicial fechado nesses termos (fl. 276):

Na forma do art. 2º da Lei 8.072/90, o tráfico ilícito de entorpecentes é considerado crime hediondo por equiparação, com incidência sobre a conduta da norma estipulada em seu §1º, de modo que a pena privativa de liberdade imposta aos dois réus condenados deve ser cumprida inicialmente em regime fechado.

O Colegiado estadual, ao dar provimento ao apelo ministerial e afastar o tráfico privilegiado anteriormente reconhecido na sentença, apenas consignou que o regime de cumprimento seria o fechado (fls. 353/354):

Por consequência, resta a pena definitiva de Joenderson Lima Araújo em 5 (cinco) anos, 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos e de Nailson Pereira dos Reis em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, ambos em regime fechado.

Verifica-se que as instâncias de origem justificaram a imposição do regime inicial fechado apenas com base hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento jurisprudencial pátrio, devendo ser afastada, pois, a referida fundamentação.

Na espécie, entretanto, entendo ser adequado o regime inicial mais gravoso, tendo em vista a quantidade das drogas apreendidas – **mais de 40kg de maconha**, além das circunstâncias do crime serem desfavoráveis, o que, inclusive, ensejou o aumento da pena-base.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não podem ser olvidados os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/06, já transcrito acima, bem como do art. 33, §3º do CP, plenamente aplicável ao caso em foco.

Assim, embora a reprimenda final seja inferior a 8 anos, penso ser necessária uma resposta penal mais efetiva, como forma de retribuição proporcional à gravidade da conduta, porquanto as circunstâncias do caso em testilha demonstram que regime inicial mais brando não seria suficiente para a reprovação e a prevenção do delito em comento.

A Sexta Turma, contudo, vem entendendo que, ante a ausência de fundamentação idônea na fixação do regime inicial fechado pelas instâncias de origem, deve ser aplicado o regime condizente com *quantum* da pena privativa de liberdade fixada, razão pela qual penso ser caso de **ressalvar meu entendimento**.

Confira-se, a propósito, a ementa do HC n.º 415.559/SP, julgado em sessão realizada em 6.02.2018, no qual fiquei vencida quanto ao regime inicial de cumprimento de pena:

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. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL SEMIABERTO. ADEQUAÇÃO. RELATORA VENCIDA, NO PONTO. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO A FIM DE FIXAR O REGIME INICIAL SEMIABERTO, VENCIDA A RELATORA, NO PONTO.

(...)

3. O Tribunal *a quo* fixou o regime inicial fechado com base, tão somente, no fato de tratar-se de crime equiparado a hediondo, bem como em razão da gravidade abstrata do delito de tráfico, razão pela qual a Turma entendeu ser imperiosa a fixação do regime inicial semiaberto, concedendo parcialmente a ordem. Vencida esta Relatora, que se posicionou pela manutenção do regime inicial fechado em razão a significativa quantidade de uma das drogas apreendidas – 160 g de cocaína –, o que, inclusive, ensejou a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

4. *Habeas corpus* parcialmente concedido a fim de fixar o regime inicial semiaberto (vencida esta Relatora, no ponto).

Desse modo, embora ainda comungue da compreensão inicialmente explanada, curvo-me ao posicionamento perfilhado pelo Colegiado da Sexta Turma.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessarte, **ante a ausência de fundamentação idônea para a imposição do regime inicial fechado** – haja vista ter sido invocado pelas instâncias ordinárias tão somente a hediondez e a gravidade abstrata do delito –, **é imperiosa a fixação do regime inicial semiaberto, ressalvado o entendimento pessoal desta Relatora.**

Ante o exposto, **concedo parcialmente a ordem** a fim de fixar o regime inicial semiaberto.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0290886-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 424.248 / MS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00001438920148120033 00015316120138120033 00015471520138120033
082016000200345 1438920148120033 15316120138120033 15471520138120033
82016000200345

EM MESA

JULGADO: 03/04/2018

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ ADONIS CALLOU DE ARAÚJO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : JOENDERSON LIMA ARAUJO
PACIENTE : NAILSON PEREIRA DOS REIS

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 e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro.