



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 403.022 - DF (2017/0137420-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : ROMULO RODRIGUES CORREA
ADVOGADO : RÔMULO RODRIGUES CORRÊA - DF052956
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTICA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITORIOS
PACIENTE : JONAS RODRIGUES DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. NEGATIVA. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. MOTIVAÇÃO INSUFICIENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME FECHADO. ADEQUAÇÃO. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM.

1. O Tribunal de origem não logrou fundamentar de maneira idônea a negativa de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. A simples menção à quantidade das drogas, dissociada de qualquer outro elemento, não é suficiente para se concluir acerca da dedicação do paciente às atividades criminosas ou participação em organização criminosa, afastando, peremptoriamente, a incidência da referida benesse.

2. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

3. Embora a reprimenda final seja 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, adequada a eleição do regime inicial fechado, porquanto as circunstâncias do caso em testilha demonstram que regime inicial mais brando não seria suficiente para a reprovação e a prevenção do delito em comento, tendo em vista a quantidade da substância entorpecente envolvida na empreitada criminosa – 2.997 g de cocaína – (art. 42 da Lei n.º 11.343/06). Não há falar, pois, em constrangimento ilegal.

4. *Habeas corpus* parcialmente concedido a fim de reduzir a pena do paciente para 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão e 485 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 03 de outubro de 2017(Data do julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 403.022 - DF (2017/0137420-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : ROMULO RODRIGUES CORREA
ADVOGADO : RÔMULO RODRIGUES CORRÊA - DF052956
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTICA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITORIOS
PACIENTE : JONAS RODRIGUES DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JONAS RODRIGUES DOS SANTOS, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (Apelação Criminal n.º 0049469-87.2016.8.07.0000).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em 23.2.2017, à pena de 7 anos de reclusão, no regime inicial semiaberto, mais 700 dias-multa, por infração ao disposto no artigo 33, *caput*, c.c. o art. 40, inciso V, ambos da Lei n.º 11.343/06 - Processo n.º 2016.01.1.108826-9, da 4.ª Vara de Entorpecentes do Distrito Federal/DF. Confirmam-se os seguintes excertos do édito condenatório, *verbis*:

(...)

Pelo que consta nos autos, o réu foi preso em flagrante no dia 19/10/2016, no Aeroporto Internacional de Brasília, quando transportava, de Manaus/AM para o Rio de Janeiro, com conexão em Brasília-DF, duas porções da droga conhecida como pasta base de cocaína, em forma de tijolos, perfazendo a massa bruta de 2.997,00 (dois mil e novecentos e noventa e sete gramas).

No que diz respeito à materialidade, o laudo Laudo de Exame Químico de fls. 82/84 atesta a natureza e as características da substância entorpecente apreendida em poder do réu.

Quanto à autoria, deve ser destacado que o réu confessou os fatos em juízo (vide interrogatório) e salientou que transportava a droga a mando de um rapaz de nome Flávio, com a promessa de que receberia mil reais por essa tarefa, valor a ser pago no momento da entrega da droga no Rio de Janeiro.

A confissão é corroborada pelos depoimentos das testemunhas Paula Carolina de Andrade Lima e Thelio Mendes Silva, conforme pode ser visto na mídia gravada nesta assentada.

Há que se ressaltar, por oportuno, que o réu não deve ser beneficiado com a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que prevê a redução da reprimenda caso o agente seja primário, portador de bons antecedentes, não integre organização criminosa e não se dedique a tais atividades. Não preenchidos os requisitos previstos na norma de regência, descabe falar em deferimento do benefício.

Com efeito, e não obstante o réu ostentar primariedade e bons antecedentes, os elementos dos autos indicam que ele se dedicava à atividade criminosa, na medida em que transportava expressiva quantidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de pasta base de cocaína (quase três quilos), que por si só já afasta a aplicação dessa causa especial de diminuição, entre estados da Federação.

Por fim, deve ser reconhecida a causa de aumento prevista no art. 40, inciso V, da Lei de Drogas, visto que o réu transportava drogas entre o estado do Amazonas e Rio de Janeiro.

Por tais fundamentos, julgo procedente a denúncia e, em consequência, CONDENO JONAS RODRIGUES DOS SANTOS, já qualificado, como incurso nas penas do art. 33, *caput*, c/c art. 40, inc. V, ambos da Lei 11.343/06.

Atento ao disposto nos artigos 59 e 68 do Código Penal e, ainda, ao art. 42 da Lei 11.343/06, passo à individualização da pena: 1ª fase - circunstâncias judiciais. Culpabilidade: o réu agiu com culpabilidade normal para os crimes desta natureza, de tal modo que sua conduta não merece maior reprovabilidade. Antecedentes e conduta social: o réu é primário e de bons antecedentes, nada havendo, nos autos, que permita inferir acerca de sua conduta social. Personalidade: ao que parece, o réu não possui personalidade deformada. Motivos do crime: nesse particular, tudo está a indicar que o réu praticou o fato mediante promessa de recebimento de mil reais de recompensa, fato que torna sua conduta mais censurável. Circunstâncias do crime: nesse particular, vale registrar que o principal dado a ser considerado (tráfico interestadual de drogas) constitui causa de aumento de pena, que será analisada e sopesada em momento oportuno. Circunstância especial prevista no art. 42 da Lei de Drogas: natureza e quantidade da droga: pelo que consta nestes autos, o réu foi flagrado transportando quase três quilos de pasta base de cocaína e isso, em princípio, deveria ser considerado em seu desfavor. No entanto, como essa circunstância já foi valorada para impedir a concessão da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, não há como considerá-la novamente neste momento da aplicação da pena.

Assim, levando-se em conta o disposto acima, fixo-lhe a pena-base em 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

2ª fase - atenuantes e agravantes Não há agravantes. No entanto, verifico a presença da atenuante confissão espontânea, razão pela qual reduz a sua pena em 6 (seis) meses.

3ª fase - causas de diminuição e de aumento Na terceira fase, verifico somente a causa de aumento prevista no art. 40, inc. V, da Lei de Drogas, motivo pelo qual aumento a sua pena em 1/6 (um sexto).

Pena definitiva - A pena privativa de liberdade fica definitivamente fixada em 7 (sete) anos de reclusão.

Pena de multa - No que tange à pena de multa, atento ao disposto nos artigos 42 e 43 da Lei de Drogas, fixo-a em 700 (setecentos) dias-multa, sendo cada dia-multa fixado em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época da prática do crime.

Assim, e diante da reprimenda imposta, a pena deverá ser cumprida em regime inicial semiaberto, com base no art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal (fls. 27/29).

Inconformada, a Defesa interpôs recurso de apelação, tendo o Tribunal de origem dado parcial provimento, em 25.5.2017, a fim de reduzir a sanção para 5 anos e 10 meses de reclusão, e ao pagamento de 583 dias-multa, mantido os demais termos da sentença.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Eis a ementa do aresto:

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - DOSIMETRIA - PENA-BASE - MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LAD - PARCIAL PROVIMENTO.

I. A pena-base foi elevada devido ao motivo do crime. O incremento é exacerbado.

II. O réu não faz jus à benesse do art. 33, § 4º, da LAD. Transportou grande quantidade de droga. Não se trata de *bis in idem*, mas análise de requisito exigido pela lei. O artigo 42 do mesmo diploma não foi utilizado na 1ª fase da dosimetria.

III. Parcial provimento (fl. 31).

Daí o presente *mandamus*, no qual o impetrante sustenta ser cabível a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06.

Assevera que o paciente é primário, ostenta bons antecedentes, não integra organização criminosa, "não se dedica a tais atividades ilícitas, não atua de forma estável e habitual, sendo, inclusive, a primeira vez que praticou tal delito, o que evidencia, mais ainda, a natureza esporádica e eventual" (fl. 8).

Alega que "o juiz *a quo* e o Tribunal se basearam, tão somente, na quantidade e natureza da droga para afirmar que o paciente se dedicava a atividade criminosa, contudo, conforme interrogatório judicial, o paciente não sabia qual droga estava carregando na mochila, sabia que era apenas droga e não a espécie cocaína" (fl. 9).

Invoca o princípio da dignidade da pessoa humana.

Consigna, ainda, que "não é justo, proporcional ou razoável submeter um réu primário, de bons antecedentes e sem qualquer comprovação que seja membro de organização criminosa, ao regime de cumprimento de pena mais gravoso permitido em nosso ordenamento jurídico" (fl. 10).

Requer, liminarmente e no mérito, "o reconhecimento da redução prevista no artigo 33, § 4º, da lei 11.343/06, bem como a fixação do regime aberto e, por fim, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos" (fl. 10).

A liminar foi indeferida às fls. 42/45.

Foram prestadas informações às fls. 52/99.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral Maria Hilda Marsiaj Pinto, pelo não conhecimento do *writ* (fls. 101/105).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 403.022 - DF (2017/0137420-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. NEGATIVA. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. MOTIVAÇÃO INSUFICIENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME FECHADO. ADEQUAÇÃO. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM.

1. O Tribunal de origem não logrou fundamentar de maneira idônea a negativa de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. A simples menção à quantidade das drogas, dissociada de qualquer outro elemento, não é suficiente para se concluir acerca da dedicação do paciente às atividades criminosas ou participação em organização criminosa, afastando, peremptoriamente, a incidência da referida benesse.

2. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

3. Embora a reprimenda final seja 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, adequada a eleição do regime inicial fechado, porquanto as circunstâncias do caso em testilha demonstram que regime inicial mais brando não seria suficiente para a reprovação e a prevenção do delito em comento, tendo em vista a quantidade da substância entorpecente envolvida na empreitada criminosa – 2.997 g de cocaína – (art. 42 da Lei n.º 11.343/06). Não há falar, pois, em constrangimento ilegal.

4. *Habeas corpus* parcialmente concedido a fim de reduzir a pena do paciente para 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão e 485 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

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

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

Eis o que consignou a Corte de origem a respeito da dosimetria do paciente:

Pleiteia o redimensionamento da pena-base, a aplicação da minorante do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

§ 4º do artigo 33 da Lei Antidrogas, o regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Materialidade e autoria incontestes. Demonstradas pelo auto de apresentação e apreensão (fls. 08/09), laudo de exame químico (fls. 53/55), bem como pela prova oral (mídia fl. 91).

Passo à dosimetria.

A sanção em primeira etapa foi elevada em 01 (um) ano e 06 (seis) meses pelos motivos do crime. A prática do fato mediante recompensa é conduta mais censurável. No entanto, o incremento aplicado é desarrazoado. Fixo a pena-base em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão.

Na fase seguinte, a confissão espontânea retorna a pena ao piso.

Por fim, no derradeiro estágio, mantenho a causa de aumento do artigo 40, V, da Lei 11.343/06 (tráfico interestadual), na fração mínima de 1/6 (um sexto). A prova é firme no sentido de que o recorrente, conscientemente, transportava a droga de Manaus/AM até o Rio de Janeiro/RJ (fls. 10/12).

Incabível a benesse do artigo 33, § 4º, da Lei AntiDrogas. O laudo de exame químico atestou que os tijolos de entorpecente que o apelante transportava possuíam 2.997 g (dois mil novecentos e noventa e sete gramas) de cocaína. O alcalóide extraído da planta de coca representa perigo à saúde pública acima do previsto no tipo. É muito mais potente que, por exemplo, a maconha, além de ser matéria-prima para os derivados *crack* e merla, ainda mais nocivos.

Nesse sentido, o Ministro Mauro Aurélio, no julgamento do HC 130981/MS (publicado em 18/10/2016), asseverou que não é crível que o réu, surpreendido com grande quantidade de entorpecente, não esteja integrado, de alguma forma, a organização criminosa. Justificado o afastamento da causa de diminuição. Inexiste *bis in idem*, mas análise de requisito exigido pela lei.

Estabilizo a reprimenda em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão. A multa deve ser proporcional à sanção corporal. Arbitro-a em 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, à menor razão (fls. 34/35).

Da análise da fundamentação acima exposta, verifica-se que o Tribunal *a quo* negou a aplicação da causa especial de diminuição de pena em razão da quantidade da droga apreendida em poder do paciente, a saber, 2.997 g de cocaína (fls. 19/20).

Verifica-se, pois, que o Tribunal de origem não logrou fundamentar de maneira idônea a negativa de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

Ora, a simples menção à quantidade dos entorpecentes, dissociada de qualquer outro elemento, não é suficiente para se concluir acerca da dedicação do paciente às atividades criminosas ou participação em organização criminosa, afastando, peremptoriamente, a incidência da referida benesse, até porque tais critérios não se encontram descritos no art. 33, § 4º, do Diploma Antidrogas.

É certo que não há óbice para que o julgador, a partir da quantidade, natureza



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e diversidade das drogas, associadas a outras circunstâncias concretas dos autos, construa um raciocínio que culmine na conclusão de que o acusado se dedica às atividades criminosas ou integra organização criminosa. Não é possível, entretanto, que se utilize, isoladamente, de tais fundamentos para afastar a benesse em testilha.

Nesse sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. POSSIBILIDADE. REVALORAÇÃO DE FATOS INCONTROVERSOS.

AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A adequação da classificação da conduta suficientemente descrita no acórdão recorrido à jurisprudência desta Corte Superior de Justiça não demanda o reexame das provas dos autos, mas tão somente a reavaliação dos fatos incontroversos descritos no aresto impugnado.

2. Levando em conta a primariedade do recorrente, seus bons antecedentes, a ausência de elementos concretos que indiquem se dedicar à criminalidade ou integrar organização criminosa, verifica-se que, na espécie, a quantidade de droga, isoladamente considerada, é insuficiente para afastar a concessão da benesse.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 453.544/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 25/04/2017, DJe 03/05/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. (...) CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06). APLICABILIDADE. QUANTIDADE EXPRESSIVA DE DROGA. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. FUNDAMENTO INIDÔNEO. REFAZIMENTO DA DOSIMETRIA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

3. O fundamento utilizado pela Corte estadual para não aplicar ao caso concreto a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, em razão da dedicação do paciente às atividades criminosas a partir da quantidade de droga elevada, não deve prevalecer.

Tal motivação isolada - volume de droga capturado (926,58g de maconha) - não se mostra suficiente como indicativo do envolvimento do paciente em práticas reiteradas criminosas. Ademais, a quantidade em debate e a natureza da droga apreendida, não se revelam aptas a vedação total do benefício.

Manifesto constrangimento ilegal que merece reparo de ofício.

Inviável a incidência da benesse em seu grau máximo, considerando que embora não seja de elevada monta, não se mostra inexpressivo, pelo que razoável e proporcional ao caso concreto a aplicação na fração de 1/6 (um sexto).

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a reprimenda a 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, e 500 (quinhentos) dias-multa, em regime prisional semiaberto, nos termos da fundamentação supra.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 340.981/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 18/10/2016)

PENAL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. REDUÇÃO PELA METADE. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A quantidade da droga apreendida não conduz, por si só, à conclusão de que o agente integre organização criminosa.

2. A desconstituição das premissas assentadas no acórdão, ao concluir pelo cumprimento dos requisitos para fins de incidência do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, diminuindo a pena do agravado pela metade em face da quantidade da droga apreendida, exigiria o revolvimento do conjunto fático-probatório, e não mera reavaliação jurídica, atraindo a incidência da Súmula 7/STJ.

3. Agravo interno improvido.

(AgInt no REsp 1208528/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/06/2016, DJe 16/06/2016)

Dessarte, deve ser afastada a fundamentação perfilhada pela Corte de origem para negar o benefício em comento.

Passo, pois, à nova dosimetria:

Mantenho a pena-base fixada na origem, a saber, 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa. Na segunda fase, a circunstância atenuante da confissão espontânea enseja o retorno na pena ao mínimo legal. Na terceira etapa, aplico a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, reduzindo a reprimenda em 1/6, em razão da quantidade da droga apreendida, o que perfaz 4 anos e 2 meses de reclusão e 416 dias-multa. Incide, ainda, a causa de aumento de pena prevista no art. 40, V, da Lei n.º 11.343/06, no patamar de 1/6, resultando em **4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão e 485 dias-multa**, a qual torno definitiva.

No que tange à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, imperativo transcrever o comando de regência da matéria, previsto no Código Penal:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

No caso em tela, a reprimenda final do paciente foi fixada em 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, ultrapassando, portanto, o limite legal para incidência da benesse



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nos crimes dolosos. Assim, de acordo com a disciplina do instituto da pena restritiva de direitos, tem-se que não é possível o atendimento da pretensão deduzida no presente *writ*. Nesta senda:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. (...) SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL INVIÁVEL. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

- Uma vez que a pena final foi fixada em patamar superior a 4 anos, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, por ausência dos requisitos previstos no art. 44 do CP. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, redimensionando-se as penas do paciente para 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 382.241/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 10/03/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. (...) SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REPRIMENDA SUPERIOR A 4 ANOS (ART. 44, I, DO CP). WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

4. É incabível a substituição de pena privativa de liberdade superior a 4 anos por restritivas de direitos, nos termos do art. 44, I, do CP.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto no cumprimento da pena.

(HC 373.574/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 10/02/2017)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. (...) SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO, DE OFÍCIO. SANÇÃO REDIMENSIONADA.

(...)

10. Uma vez que o paciente foi condenado a reprimenda superior a 4 anos de reclusão e ostenta circunstância judicial desfavorável (tanto que a sua pena-base ficou estabelecida acima do mínimo legal), dúvidas não há de que o regime inicial fechado é, efetivamente, o que se mostra o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 33, § 2º, "a", e § 3º, do Código Penal.

11. Não há como ser concedida a substituição da pena privativa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade por restritiva de direitos a condenado ao cumprimento de reprimenda superior a 4 anos de reclusão, por ausência de preenchimento do requisito objetivo.

12. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para redimensionar a reprimenda do paciente, nos termos do voto do relator.

(HC 338.379/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 16/12/2016)

No mais, cumpre salientar que a estipulação do regime inicial fechado - contida no § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072, que fora alterado pela Lei n.º 11.464/07 - foi superada pelo Pretório Excelso, órgão responsável pela análise de compatibilidade das leis com a Constituição Federal, em decisões recentes. A esse respeito, confira-se o teor do Informativo n.º 569 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

A Turma, superando a restrição fundada no Enunciado 691 da Súmula do STF, concedeu habeas corpus a condenado pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33) para determinar que tribunal de justiça substitua a pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos ou, havendo reversão, que o início do cumprimento da pena privativa de liberdade se dê no regime aberto. Assentou-se que a quantidade de pena imposta – 3 anos –, não constando circunstâncias desfavoráveis ao paciente, que não registra antecedentes, permitiria não só que a pena tivesse início no regime aberto (CP, art. 33, § 2º, c), mas, também, a substituição por pena restritiva de direitos (CP, art. 44, § 2º, segunda parte). HC 101291/SP, Rel. Min. Eros Grau, 24.11.2009. (HC-101291)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na espécie, entretanto, embora a reprimenda final seja igual a 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, penso ser necessária uma resposta penal mais efetiva, como forma de retribuição proporcional à gravidade da conduta, porquanto as circunstâncias do caso em testilha, em especial a quantidade das substâncias entorpecentes envolvidas na empreitada criminosa – 2.997 g de cocaína –, demonstra que regime inicial mais brando não seria suficiente para a reprovação e a prevenção do delito em comento. Adequada, pois, a eleição do regime inicial fechado. Nesse sentido:

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

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

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

3. Agravo regimental improvido.

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

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

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

- O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

59, do Código Penal.

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

- Habeas Corpus não conhecido.

(HC 382.307/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 10/03/2017)

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

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

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

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

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

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

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

7. Habeas corpus não conhecido.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, **concedo parcialmente** a ordem a fim de reduzir a pena do paciente para **4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão e 485 dias-multa**, mantidos os demais termos da condenação.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0137420-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 403.022 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00494698720168070000 20160111088269 494698720168070000

EM MESA

JULGADO: 03/10/2017

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ROMULO RODRIGUES CORREA
ADVOGADO : RÔMULO RODRIGUES CORRÊA - DF052956
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTICA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITORIOS
PACIENTE : JONAS RODRIGUES DOS SANTOS (PRESO)

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

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto 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.