



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 406.851 - SP (2017/0162529-8)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GLAUCO MAZETTO TAVARES MOREIRA - SP0239877
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEANDRO PAES DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. MOTIVAÇÃO CONCRETA. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. ART. 40, III, DA LEI 11.343/06. DESNECESSIDADE DE LAUDO PERICIAL. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Inaplicável a causa especial de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, tendo em vista que o paciente não preenche os requisitos legais, porquanto há elementos concretos a demonstrar que se dedicava às atividades criminosas. Conclusão em sentido diverso demanda revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.
2. A incidência do art. 40, III da Lei n.º 11.343/06, prescinde da elaboração de laudo pericial para determinar o local do fato delituoso, o que se pode comprovar por qualquer meio de prova admitido pelo ordenamento jurídico.
3. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.
4. *In casu*, foi fixado o regime inicial fechado com base na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.
5. Fixada a pena-base no mínimo legal, ante a ausência de motivos para a sua exasperação, e aplicada a causa especial de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei n.º 11.343/06, sendo a reprimenda final de 5 anos e 10 meses de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial semiaberto, a teor do disposto no art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal.
6. Ordem parcialmente concedida, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para início do cumprimento da pena do paciente.

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, 05 de dezembro de 2017(Data do julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 406.851 - SP (2017/0162529-8)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GLAUCO MAZETTO TAVARES MOREIRA - SP0239877
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEANDRO PAES DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de LEANDRO PAES DOS SANTOS, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 0036405-31.2013.8.26.0050).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, pelo juízo da 9ª Vara Criminal do Foro Central da Barra Funda, Comarca de São Paulo, à pena de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e ao pagamento de 194 dias multa, pela prática do crime tipificado no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, III, ambos da Lei n.º 11.343/2006, facultado o direito de recorrer em liberdade.

Interposta apelação tanto pelo Ministério Público quanto pela Defesa, o Tribunal de origem deu provimento ao recurso ministerial e negou provimento ao apelo defensivo, consoante julgado assim ementado (fl. 38):

TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - RÉU QUE TRAZIA CONSIGO E TINHA EM DEPÓSITO CONSIDERÁVEL QUANTIDADE DE COCAÍNA PRONTA PARA VENDA NO VAREJO - DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS EM SINTONIA COM O ACERVO PROBATÓRIO - TRAFICÂNCIA COMPROVADA - CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO DO RÉU NÃO PROVIDO. RECURSO MINISTERIAL RETIRADA DO REDUTOR PREVISTO NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS E IMPOSIÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO NECESSIDADE. Não se justifica a aplicação do redutor legal quando a quantidade de tóxico é vultosa, pois o magistrado ao analisar o quantum de reprimenda deve considerar os elementos do artigo 42 da Lei de Drogas e a nocividade que esse execrável delito provoca à sociedade. Inviável, também, diante da extrema gravidade do crime, equiparado a hediondo pela lei, a fixação do regime aberto, independente do montante da privativa de liberdade estabelecida pelo fato da medida gerar incentivo à reiteração da nefasta prática do tráfico, causando à sociedade a sensação de impunidade e banalização de um crime tão execrável. RECURSO MINISTERIAL PROVIDO.

A defesa opôs embargos declaratórios, rejeitados pelo Tribunal de origem e ajuizou recurso especial, não admitido (fl. 31). No AREsp 894037/SP, o então Ministro Presidente Francisco Falcão não conheceu do recurso, em decisão unipessoal que transitou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em julgado.

Neste *mandamus*, a impetrante sustenta a inexistência de fundamentação concreta para que não incida a redutora do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 em sua fração máxima.

Aduz que a quantidade e a natureza do entorpecente não estão previstas no referido dispositivo legal. Poderiam servir para aumento da pena-base, a teor do art. 42 da Lei nº 11.343/06. Contudo, a pena-base foi colocada no mínimo legal.

Alega, ainda, que a quantidade de droga apreendida no caso foi muito pequena, de pouco mais de 200 gramas, não podendo servir de interpretação desfavorável ao paciente.

Sustenta que o art. 40, III da Lei de Drogas não deve ser aplicado, já que não foi elaborado laudo pericial.

Salienta que prova testemunhal e mapa do google não servem para comprovação da proximidade de local.

Entende que os requisitos do art. 59 do Código Penal e 42 da Lei de Drogas são favoráveis, de modo que o regime prisional deve ser o menos gravoso.

Pede, liminarmente, a fixação do regime inicial semiaberto. No mérito, pugna pela confirmação da liminar e o afastamento da causa de aumento prevista no art. 40, III da Lei nº 11.343/06, bem como a redução da pena na fração máxima prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

Liminar indeferida pela Exma. Sra. Ministra Laurita Vaz, Presidente desta Corte (fls. 23/25).

Informações prestadas às fls. 29/56.

O Ministério Público Federal apresentou parecer da Subprocuradora-Geral da República Luíza Cristina Fonseca Frischeisen, opinando pelo não conhecimento do *writ* (fls. 59/62).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 406.851 - SP (2017/0162529-8)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. MOTIVAÇÃO CONCRETA. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. ART. 40, III, DA LEI 11.343/06. DESNECESSIDADE DE LAUDO PERICIAL. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Inaplicável a causa especial de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, tendo em vista que o paciente não preenche os requisitos legais, porquanto há elementos concretos a demonstrar que se dedicava às atividades criminosas. Conclusão em sentido diverso demanda revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.
2. A incidência do art. 40, III da Lei n.º 11.343/06, prescinde da elaboração de laudo pericial para determinar o local do fato delituoso, o que se pode comprovar por qualquer meio de prova admitido pelo ordenamento jurídico.
3. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.
4. *In casu*, foi fixado o regime inicial fechado com base na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.
5. Fixada a pena-base no mínimo legal, ante a ausência de motivos para a sua exasperação, e aplicada a causa especial de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei n.º 11.343/06, sendo a reprimenda final de 5 anos e 10 meses de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial semiaberto, a teor do disposto no art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal.
6. Ordem parcialmente concedida, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para início do cumprimento da pena do paciente.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

A controvérsia jurídica cinge-se à possibilidade de redução de pena segundo previsto no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, bem como de exclusão da causa de aumento do art. 40, III da Lei de Drogas e de fixação de regime inicial semiaberto para início do cumprimento da pena.

Eis o teor do voto condutor do julgado na Corte de origem quanto à dosimetria



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

penal:

No que tange à dosimetria da pena, a r. sentença merece apenas as correções pleiteadas no recurso ministerial.

Com efeito, a pena-base foi fixada no piso mínimo e majorada de 1/6 pela circunstância de a prática delitiva ter se dado nas imediações de unidade militar ou policial, e reduzida da fração máxima de 2/3 em virtude da incidência da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, o que resultou na sanção definitiva de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, e pagamento de 194 dias-multa, no mínimo legal.

Anoto-se que não era mesmo o caso de se afastar a causa legal de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei de Drogas, pois **a prova oral produzida e o mapa juntado as fls. 83 apontam, de forma indubitável, a existência de uma base da Polícia Militar exatamente em frente ao local onde o acusado realizava o tráfico de entorpecentes e onde a vultosa quantidade de droga foi apreendida;** anotando-se que para a incidência da referida majorante, basta a proximidade física dos lugares nela mencionados.

Todavia, **no caso em análise não podia, de fato, incidir o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, pois o expressivo volume de tóxico que Leandro mantinha em seu poder (257 eppendorfs de cocaína!) denota que sua ação não tratava de comercialização eventual, mas que ele fazia da atividade criminosa seu meio de vida.**

Deste modo, mantida a basilar no mínimo legal, acrescida de mais 1/6 pela já mencionada causa de aumento e excluída a incidência do redutor, a pena do acusado passa a 5 anos e 10 meses de reclusão, mais 583 dias-multa que, na ausência de outras circunstâncias, passa a ser a definitiva.

Outrossim, como bem ponderado no apelo ministerial **o regime inicial fechado é o mais adequado ao caráter preventivo e repressivo da sanção imposta, pois a traficância é mola propulsora da criminalidade que assola o país, uma vez que o usuário, na ânsia de sustentar seu vício, pratica toda sorte de delitos, abalando consequentemente toda a sociedade.**

Esse é o entendimento desta colenda 4ª Câmara de Direito Criminal:

(...)

Por fim, no que respeita ao pleito do réu de substituição da pena corporal por alternativa, é certo que a decisão do colendo Supremo Tribunal Federal nos autos do HC 97.256/RS, consolidada pela Resolução nº 5 do Senado Federal, reconheceu ser possível sua aplicação para os delitos previstos na Lei de Drogas; todavia, não afastou do julgador natural o poder de efetuar tal conversão levando em conta as circunstâncias concretas de cada caso, o que nem se cogita nos presentes, já que a quantidade e qualidade de droga apreendida impedem o benefício pretendido.

Esse é o entendimento desta colenda 4ª Câmara de Direito Criminal:

(...)

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso do réu. De outra parte, dá-se provimento ao recurso do Ministério Público para redimensionar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena imposta ao apelante ao quantum de 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, no piso mínimo legal e, também, para fixar o regime inicial fechado para o início de cumprimento da carcerária.

Inicialmente, 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.

No caso em foco, o julgado pautou-se na presença de elementos concretos no sentido de que o paciente se dedicava a atividades criminosas, à vista da quantidade e do modo de acondicionamento da droga apreendida (257 eppendorfs de cocaína).

Tal como aventou a Defesa na inicial, a natureza e a quantidade da droga não são parâmetros expressos no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06 para negativa de redução da pena.

Não obstante, a natureza e a quantidade foram aliadas ao modo de acondicionamento direcionado à venda, em centenas de porções individuais da droga, de maneira a caracterizar fatores concretos de que o *modus operandi* desenvolvido só poderia ser adotado por pessoa afeita à atividade de traficância.

O cotejo desses dados concretos, extraídos dos autos, não pode se revisto sem o necessário revolvimento fático-probatório, inviável nesta sede, angusta por excelência. Nesse sentido:

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

(...)

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

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

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

(...)

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, §



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

Não prospera a tese defensiva de necessidade de laudo pericial para incidência da causa de aumento do art. 40, III da Lei nº 11.343/2006.

O estabelecimento do local do crime não demanda elaboração de laudo pericial, por não se tratar de aplicabilidade do art. 158 do CPP. Vale dizer, o local do crime não se confunde com prova de infração que deixe vestígio.

Por outro lado, não vigora o sistema de provas tarifadas no processo penal, razão pela qual o local do fato delituoso pode ser estabelecido por quaisquer das provas admitidas no ordenamento jurídico pátrio.

Instado a se manifestar a respeito, este Sodalício assentou o mesmo posicionamento. Confira-se:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. PROVA PERICIAL. DESNECESSIDADE. OUTROS ELEMENTOS INDICATIVOS DA PROXIMIDADE DO ESTABELECIMENTO DE ENSINO. [...] HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. Para a incidência da majorante prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006 basta que a prática delitiva tenha ocorrido nas imediações de estabelecimento de ensino, sendo prescindível a realização de perícia para tal aferição se a proximidade do local restou comprovada por outros elementos de prova.

[...]

15. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de, cassando a liminar anteriormente deferida, fixar o regime semiaberto como o inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

(HC 359.934/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 4/8/2016, DJe 15/8/2016).

No caso em foco, o julgado questionado fundamentou a localização do crime em prova documental pertinente (mapa), bem como nas provas testemunhais uníssonas em afirmar ter sido o tráfico de drogas flagrado em frente a uma base da Polícia Militar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Destarte, não exsurge dos autos ilegalidade na aplicação da causa de aumento.

Com relação à possibilidade de fixação de regime inicial menos gravoso, melhor sorte assiste à defesa.

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, observe-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 (*in casu*, 5 anos e 10 meses de reclusão), é possível a fixação do regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal. Veja-se a ementa abaixo:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. EXISTÊNCIA DE FEITOS CRIMINAIS EM CURSO. CONCLUSÃO ACERCA DA DEDICAÇÃO DO PACIENTE ÀS ATIVIDADES



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CRIMINOSAS. POSSIBILIDADE. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO FIXADO COM BASE, EXCLUSIVAMENTE, NA GRAVIDADE ABSTRATA E HEDIONDEZ DO DELITO DE TRÁFICO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM.

1. Consoante entendimento perfilhado pela Sexta Turma Corte nos autos do HC n.º 358.417/RS, "fatos criminais pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), podem, salvo hipóteses excepcionais, embasar o afastamento da minorante do tráfico privilegiado quando permitam concluir a vivência delitiva do agente, evidenciando a dedicação a atividades criminosas". Do mesmo modo, nos autos do EResp n.º 1.431.091/SP, de Relatoria do Ministro Felix Fischer, a Terceira Seção consolidou o referido entendimento.

Dessa forma, não há falar em ilegalidade, na espécie, tendo em vista que a benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 foi negada por entender a Corte de origem que o paciente era renitente em atividades criminosas, porquanto já condenado anteriormente pela prática do mesmo delito. Ressalva do entendimento da Relatora.

2. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

3. 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 5 anos e 10 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

4. O regime inicial fechado foi fixado com base, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento jurisprudencial pátrio.

5. Fixada a pena-base no mínimo legal, sendo a reprimenda final de 5 anos e 10 meses de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial semiaberto, a teor do disposto no art. 33, § 2º, alínea b, do Código Penal.

6. Habeas corpus parcialmente concedido a fim de fixar o regime inicial semiaberto. (HC 416.587/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 13/11/2017)

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:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 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 nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 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 nº 111.840/ES; Relator(a): Ministro Dias Toffoli; Julgamento: 27/06/2012; Tribunal Pleno)

Ademais, não se pode olvidar que a imposição do regime de cumprimento de pena mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea, não sendo possível com base na opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime. Nesse sentido, o entendimento do Supremo Tribunal Federal sumulado nos enunciados nº 718 e 719:

Enunciado nº 718: 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.

Enunciado nº 719: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Nesse mesmo sentido, confira-se o teor da Súmula nº 440 deste Superior



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal de Justiça:

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.

Na hipótese em exame, verifica-se que foi fixado o regime inicial fechado com base, exclusivamente, na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

Com efeito, consoante esposado alhures, tais questões foram superadas pelos tribunais superiores, não configurando, portanto, fundamentação idônea a justificar a fixação do regime mais gravoso para os condenados pela prática dos delitos previstos na Lei n.º 11.343/2006, haja vista que, para estabelecer o regime prisional, deve o Magistrado avaliar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelos arts. 33 e parágrafos do Código Penal, o que não ocorreu na espécie.

Ora, fixada a pena-base no mínimo legal, ante a ausência de motivos para a sua exasperação, sendo a reprimenda final de 5 anos e 10 meses de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial semiaberto, a teor do disposto no art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

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

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

- Em relação à redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a sua aplicação demanda o preenchimento de quatro requisitos cumulativos, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organização criminosa. - No caso, preenchidos os pressupostos para aplicação da benesse, necessário o redimensionamento da pena nos termos do supracitado artigo. Contudo, em razão da variedade das drogas, não deve ser aplicada a redutora no patamar máximo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Precedentes.

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

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

- No caso, a quantidade de drogas apreendidas não se mostram suficientes para justificar o regime mais gravoso. Dessa forma, tendo em vista que a paciente é primária, com pena inferior a 4 anos, mas também a não aplicação da redutora no patamar máximo, se mostra adequada a fixação do regime semiaberto, a teor do disposto nos arts. 33, §§ 2º, "b", e 3º, do Código Penal. - Quanto à substituição, verifica-se que as circunstâncias do caso concreto não a recomendam. - Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena e fixar o regime semiaberto. (HC 382.572/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 10/03/2017)

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

1. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

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

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

4. Ordem concedida para fixar o regime semiaberto para o inicial cumprimento da pena do paciente. (HC 382.382/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 02/03/2017)

Ante o exposto, **concedo parcialmente a ordem** a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena imposta ao paciente nos autos da ação penal n.º 0036405-31.2013.8.26.0050.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0162529-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 406.851 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00364053120138260050 364053120138260050

EM MESA

JULGADO: 05/12/2017

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MARCUS VINICIUS AGUIAR MACEDO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GLAUCO MAZETTO TAVARES MOREIRA - SP0239877
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEANDRO PAES 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.