



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 396.432 - SP (2017/0087145-3)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FABIO MANTOVAM DOS SANTOS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BRUNO WILLIAM DA SILVA CALLADO

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. *QUANTUM* DE INCIDÊNCIA. QUANTIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS E NATUREZA DE DUAS DELAS. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. SEMIABERTO. ADEQUAÇÃO. RESSALVA DE ENTENDIMENTO DA RELATORA. PARCIAL CONCESSÃO DA ORDEM.

1. O estabelecimento do redutor na fração de 1/6 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, diante da quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas em poder do paciente, bem como a natureza de duas delas – "180 *ependorfs* de cocaína (161g), 60 pedras de *crack* (11,4g), 90 porções de maconha (189,9g), 10 'tripinhas' de maconha (33,4g), 05 barras de maconha (782,5g) e lascas e farelos de maconha (184,5g)" –, a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. Motivada de maneira concreta a fixação do *quantum* de aplicação do referido benefício, não há falar em ilegalidade.

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 e 2 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

3. 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, 4 anos e 2 meses de reclusão. Ressalva do entendimento pessoal desta Relatora.

4. *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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Brasília, 06 de março de 2018(Data do julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 396.432 - SP (2017/0087145-3)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FABIO MANTOVAM DOS SANTOS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BRUNO WILLIAM DA SILVA CALLADO

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de BRUNO WILLIAM DA SILVA CALLADO, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n.º 0020842-60.2014.8.26.0050).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em 18.12.2014, à pena de 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 410 dias-multa, por infração ao disposto no artigo 33, *caput*, e § 4.º, da Lei n.º 11.343/06. Confira-se excerto do édito condenatório:

(...)

Passo a dosar a pena.

Fixo a pena-base no mínimo legal, em 5 (cinco) anos de reclusão.

Não há atenuantes ou agravantes a serem apreciadas.

Diminuo-a de 1/6 (um sexto), em razão da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, chegando à pena de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, que torno definitiva.

A quantidade de droga apreendida justifica a diminuição no mínimo previsto em lei, conforme entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

(...)

Em razão da quantidade de pena aplicada, não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

O regime inicial de cumprimento da pena deverá ser o fechado, único compatível com a gravidade do crime.

Fixo a pena pecuniária também no mínimo legal, em 500 (quinhentos) dias-multa, cada um no valor unitário mínimo, em razão da situação econômica do réu.

Diminuo-a de 1/6 (um sexto), em razão da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, chegando à pena de 410 (quatrocentos e dez) dias-multa, cada um no valor unitário mínimo, em razão da situação econômica do réu.

Posto isto, ABSOLVO BRUNO WILLIAM DA SILVA CALLADO, qualificado nos autos, da imputação relativa ao artigo 34 da Lei 11.343/06, com fundamento no artigo 386, inciso III e CONDENO-O como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, aplicada a causa de diminuição do § 4º, do referido tipo penal, e, em consequência, aplico-lhe a pena privativa de liberdade de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, e a pena pecuniária de 410 (quatrocentos e dez) dias-multa, cada um no valor de 1/30 (um trigésimo)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Não poderá apelar em liberdade, em razão da gravidade do crime. Recomende-se-o na prisão em que se encontra (fls. 12/13).

Inconformada, a Defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de origem negou provimento, nos termos da seguinte ementa:

APELAÇÃO - TRÁFICO DE DROGAS - Materialidade e autoria delitiva nitidamente demonstradas nos autos - Palavras dos policiais civis - Não haveria como se questionar tais depoimentos, eis que se revestem de fé pública e foram corroborados pelas demais provas - Condenação era de rigor - Pena devidamente dosada - Redução prevista pelo § 4º, artigo 33, da Lei 11.343/06 - Magistrado tem discricionariedade para dosar o *quantum* da redução ante as peculiaridades do caso concreto - Impossibilidade de aplicação do redutor máximo previsto na lei - Substituição da pena privativa de liberdade por penas restritiva de direitos - Impossibilidade - Regime prisional fechado é de rigor - Sentença mantida - Recurso improvido (fl. 17).

No presente *mandamus*, o impetrante alega ser cabível a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06, na sua fração máxima de 2/3, tendo em vista que o "paciente é primário, portador de bons antecedentes e por não existir qualquer circunstância judicial negativa" (fl. 3).

Pondera que "o paciente não foi encontrado com duzentos quilos de droga", dessa forma "não há que se falar que a quantidade é expressiva, não se justificando a aplicação do redutor em seu patamar mínimo" (fl. 2).

Consigna que "o montante e a variedade de drogas localizadas já foram considerados para a caracterização do delito de tráfico, uma vez que nenhum ato de comercialização foi constatado", portanto, "a utilização de tal fato para a aplicação da causa de diminuição de pena no mínimo implica inadmissível *bis in idem*" (fl. 2).

Sustenta que, "uma vez aplicada a causa de diminuição no seu máximo, de rigor se mostra a fixação de regime diverso do fechado para início do cumprimento da pena", nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal (fl. 3).

Requer, liminarmente e no mérito, a aplicação da redutora constante do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, no seu patamar máximo, a modificação do regime inicial de cumprimento da sanção para o aberto ou semiaberto, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida às fls. 34/36.

Foram prestadas informações às fls. 50/71.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Renato Brill de Góes, pelo não conhecimento do *writ*,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"concedendo-se, parcialmente, a ordem de ofício apenas para que seja fixado o regime inicial semiaberto" (fls. 75/82).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 396.432 - SP (2017/0087145-3)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. *QUANTUM* DE INCIDÊNCIA. QUANTIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS E NATUREZA DE DUAS DELAS. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. SEMIABERTO. ADEQUAÇÃO. RESSALVA DE ENTENDIMENTO DA RELATORA. PARCIAL CONCESSÃO DA ORDEM.

1. O estabelecimento do redutor na fração de 1/6 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, diante da quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas em poder do paciente, bem como a natureza de duas delas – "180 *eppendorfs* de cocaína (161g), 60 pedras de *crack* (11,4g), 90 porções de maconha (189,9g), 10 'tripinhas' de maconha (33,4g), 05 barras de maconha (782,5g) e lascas e farelos de maconha (184,5g)" –, a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. Motivada de maneira concreta a fixação do *quantum* de aplicação do referido benefício, não há falar em ilegalidade.

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 e 2 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

3. 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, 4 anos e 2 meses de reclusão. Ressalva do entendimento pessoal desta Relatora.

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

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 em patamar máximo, bem como a alteração do regime inicial de cumprimento de pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Acerca do tema, confira-se o que consignou o Juízo de primeira instância:

Diminuo-a de 1/6 (um sexto), em razão da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, chegando à pena de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, que torno definitiva.

A quantidade de droga apreendida justifica a diminuição no mínimo previsto em lei, conforme entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça (fl. 12).

Veja-se, ainda, o que salientou o Tribunal *a quo*:

A reprimenda foi diminuída em 1/6 pela aplicação do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, sendo tornada definitiva em 04 anos e 02 meses de reclusão e pagamento de 410 dias-multa no piso, tendo o redutor sido aplicado no mínimo em razão da quantidade da droga apreendida.

Assim, inviável a redução em 2/3 como quer a Defesa.

(...)

No presente caso, o réu foi surpreendido com trazendo consigo e tendo em depósito 180 eppendorfs de cocaína (161g), 60 pedras de *crack* (11,4g), 90 porções de maconha (189,9g), 10 "tripinhas" de maconha (33,4g), 05 barras de maconha (782,5g) e lascas e farelos de maconha (184,5g), estando entre elas droga de alto potencial lesivo e elevado poder psicotrópico.

Assim, é certo que a conduta revestiu-se de maior reprovabilidade, sendo que, além de tratar-se de grande quantidade - capaz de atingir a inúmeros usuários e viciados - a apreensão de *crack* e cocaína revela maior violação à incolumidade e saúde pública, o que exige maior rigor estatal para proteção do bem jurídico tutelado (fls. 23/25).

Verifica-se, pois, que não há nada a retificar, porquanto o estabelecimento do redutor na fração de 1/6 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, diante da quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas, bem como a natureza de duas delas – "180 eppendorfs de cocaína (161g), 60 pedras de *crack* (11,4g), 90 porções de maconha (189,9g), 10 'tripinhas' de maconha (33,4g), 05 barras de maconha (782,5g) e lascas e farelos de maconha (184,5g)" (fl. 18).

Com efeito, é este o espírito da Lei Antidrogas, que dispõe:

Art. 42. 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessarte, motivada de maneira concreta a fixação do *quantum* de aplicação da referida benesse, em razão da quantidade e natureza dos entorpecentes encontrados em poder do paciente, não há falar em ilegalidade. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. (...) (IV) CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. FRAÇÃO MÍNIMA JUSTIFICADA. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE. (...).

(...)

8. Na espécie, o sentenciante reconheceu o benefício e diminuiu a sanção reclusiva no patamar de 1/6 (um sexto) considerando a quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos - 43 petecas de cocaína e uma pedra de crack -, bem como a personalidade do agente, desvirtuada em virtude da existência de outros quatro processos em andamento em seu desfavor (e-STJ fl. 211). Sob esse prisma, não vislumbro constrangimento ilegal, uma vez que o sentenciante justificou de modo suficiente a aplicação da fração mínima de diminuição. De mais a mais, a desconstituição dos fundamentos adotados pelas instâncias ordinárias demanda incursão no acervo fático-probatório dos autos, tarefa para a qual não se presta o presente remédio constitucional. Precedentes.

(...)

11. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, concedida em parte a ordem para reduzir a sanção aplicada ao paciente para 7 (sete) anos e 2 (dois) meses de reclusão, mais 426 (quatrocentos e vinte e seis) dias-multa, a ser cumprida inicialmente no regime semiaberto.

(HC 356.554/RS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 23/05/2017, DJe 30/05/2017)

REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. MITIGAÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA.

1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do artigo 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal e, com preponderância, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

2. Inexiste ilegalidade na aplicação do redutor no patamar de 1/3 (um terço), dada a natureza e a quantidade da substância entorpecente.

(...)

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 784.948/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/04/2017, DJe 10/05/2017)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS DROGAS QUE JUSTIFICAM O PATAMAR. PRECEDENTES. (...) HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

2. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

3. A quantidade e a variedade das drogas constituem fundamento idôneo para justificar a fixação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, em patamar inferior ao máximo legal.

(...)

(HC 371.226/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 07/04/2017)

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 culposos; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

No caso em tela, a reprimenda final do paciente foi fixada em 4 anos e 2 meses de reclusão, ultrapassando, portanto, o limite legal para incidência da benesse 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 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*:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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:



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)

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 nº 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 nº 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 criminosa.

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.

Confirmam-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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(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 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)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, sedimentando o novo posicionamento nesta Corte, a Terceira Seção, em julgamento da Petição n.º 11.796/DF, de minha autoria, 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.

Confira-se a fundamentação perfilhada pelo Magistrado sentenciante:

O regime inicial de cumprimento da pena deverá ser o fechado, único compatível com a gravidade do crime (fl. 13).

O Colegiado estadual, por seu turno, registrou:

Por fim, quanto ao regime inicial fixado, nada a ser modificado.

Em que pese, mais uma vez, a existência de decisões em sentido contrário - não vinculantes, diga-se - dos Tribunais Superiores, de rigor o regime inicial fechado para o cumprimento das sanções, de acordo com a determinação constante no artigo 1º da Lei 11.464/07, que regula os crimes hediondos, hipótese equiparada ao caso concreto.

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

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

Daí porque cumprimento de pena privativa de liberdade em regime fechado permitirá ao réu uma maior recuperação, bem como a importante reflexão quanto ao impacto social e a gravidade de sua conduta, devendo ser agraciado com a liberdade apenas quando demonstrar que de fato assimilou a terapêutica prisional e possui comprometimento com sua reabilitação (fl. 27).

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 e a natureza altamente nociva de duas delas - "180 *eppendorfs* de cocaína (161g), 60 pedras de *crack* (11,4g), 90 porções de maconha (189,9g), 10 'tripinhas' de maconha (33,4g), 05 barras de maconha (782,5g) e lascas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e farelos de maconha (184,5g)" (fl. 18) –, o que, inclusive, ensejou a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em patamar inferior ao máximo.

É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/06, no sentido de 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".

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 6.11.2018, ainda pendente de publicação, 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).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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: 2017/0087145-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 396.432 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00208426020148260050 20150000842791 208426020148260050

EM MESA

JULGADO: 06/03/2018

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS FREDERICO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FABIO MANTOVAM DOS SANTOS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BRUNO WILLIAM DA SILVA CALLADO

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, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.