



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.678.669 - SP (2017/0149033-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : A P M
AGRAVADO : C J C
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E RESPECTIVA ASSOCIAÇÃO. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. INADMISSÍVEL. § 1º DO ARTIGO 2º DA LEI Nº 8.072/90 DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF NO HC 111.840/ES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A obrigatoriedade do regime inicial fechado aos crimes hediondos e equiparados foi superada pela Suprema Corte, de modo que a mera natureza do crime não configura fundamentação idônea a justificar a fixação do regime mais gravoso para os condenados pela prática dos delitos previstos na Lei Antitóxicos, haja vista que, para estabelecer o regime prisional deve o Magistrado decidir motivadamente, avaliando o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo artigo 33 do Código Penal, o que não ocorreu na espécie.

2. *In casu*, as penas-base foram fixadas no mínimo legal, os réus não são reincidentes e a reprimenda final foi imposta no patamar de 8 anos de reclusão, sendo possível, portanto, o estabelecimento do regime semiaberto para o inicial cumprimento das penas, a teor do disposto no artigo 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

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, negou provimento ao agravo, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 08 de agosto de 2017 (Data do Julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.678.669 - SP (2017/0149033-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : A P M
AGRAVADO : C J C
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, contra decisão monocrática da minha lavra, sintetizada nos seguintes termos (fl. 461):

"PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E RESPECTIVA ASSOCIAÇÃO. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. INADMISSÍVEL. § 1º DO ARTIGO 2º DA LEI N.º 8.072/90 DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF NO HC 111.840/ES. ACÓRDÃO EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 568/STJ. RECURSO ESPECIAL PROVIDO".

Em seu agravo regimental, juntado aos autos às fls. 474/477, o agravante afirma que "a fixação de regime mais gravoso baseou-se em fatos concretos graves, estando, portanto, o *decisum* vergastado em conformidade com a jurisprudência dessa Corte".

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.678.669 - SP (2017/0149033-5)

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E RESPECTIVA ASSOCIAÇÃO. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. INADMISSÍVEL. § 1º DO ARTIGO 2º DA LEI Nº 8.072/90 DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF NO HC 111.840/ES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A obrigatoriedade do regime inicial fechado aos crimes hediondos e equiparados foi superada pela Suprema Corte, de modo que a mera natureza do crime não configura fundamentação idônea a justificar a fixação do regime mais gravoso para os condenados pela prática dos delitos previstos na Lei Antitóxicos, haja vista que, para estabelecer o regime prisional deve o Magistrado decidir motivadamente, avaliando o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo artigo 33 do Código Penal, o que não ocorreu na espécie.

2. *In casu*, as penas-base foram fixadas no mínimo legal, os réus não são reincidentes e a reprimenda final foi imposta no patamar de 8 anos de reclusão, sendo possível, portanto, o estabelecimento do regime semiaberto para o inicial cumprimento das penas, a teor do disposto no artigo 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relator):

A insurgência não merece prosperar.

Da leitura das razões do agravo interno, verifica-se que o *parquet* não verteu argumentos suficientemente válidos para reformar a decisão agravada, razão pela qual penso que devem ser mantidos os fundamentos do *decisum*.

Com efeito, nos termos do salientado na decisão agravada, no que se refere ao regime fixado para o inicial cumprimento das penas, verifica-se que não foi demonstrada a existência de circunstâncias idôneas, com base em elementos concretos dos autos, que justificassem a imposição de regime inicial mais gravoso.

In casu, constata-se que os ora recorridos foram condenados pela prática do delito de tráfico de drogas e respectiva associação à pena de 8 anos de reclusão, tendo o magistrado sentenciante consignado que "a dedicação à atividade criminosa indica que o regime inicial semiaberto é insuficiente para a justa repreensão da conduta e reeducação dos acusados. Assim, fixo o regime fechado para o início do cumprimento da pena privativa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade, conforme dispõe a Lei nº 8.072/90, artigo 2º, bem como o artigo 33, § 3º, do Código Penal" (fl. 303).

O Tribunal *a quo*, por sua vez, manifestou-se nos seguintes termos, quanto ao regime de cumprimento das penas (fls. 407/408):

"(...)

O regime inicial fechado se justifica frente ao *quantum* da pena imposta e porque é o único compatível com o delito de tráfico de entorpecentes e associação para o tráfico, que tantas mazelas sociais tem proporcionado, pois tratam-se de crimes que fomentam outras espécies de ilícitos penais, provocam a degradação do indivíduo e da família brasileira, desviam a juventude da busca de objetivos lícitos e produtivos em favor bem comum, tudo em troca de um único escopo, o lucro do traficante.

Quem promove este sistema e estimula a degradação alheia concretiza tais malefícios em desfavor da sociedade e, por isso, merece repreensão severa".

Dessarte, da leitura da sentença e do acórdão recorrido, constata-se que foi fixado o regime inicial fechado com base na equiparação do delito de tráfico aos crimes hediondos e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, em sessão extraordinária realizada no dia 27 de junho de 2012, por ocasião do julgamento do HC nº 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, com redação dada pela Lei nº 11.464/07. Confira-se:

"*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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, com a redação dada pela Lei n.º 11.464/07, o qual determina que *"a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado"*. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito **ex nunc**, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado." (HC n.º 111.840/ES; Relator(a): Ministro Dias Toffoli; Julgamento: 27/06/2012; Tribunal Pleno)

A propósito do tema, vale ressaltar que já não era outro o entendimento da Sexta Turma desta Corte, que adotara o posicionamento 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 artigo 33 do Código Penal (HC n.º 118.776/MG, da relatoria do Ministro Nilson Naves, julgado em 18.3.2010).

Nesse sentido, confirmam-se precedentes das duas Turmas da Terceira Seção desta Corte de Justiça:

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. CABIMENTO NA FRAÇÃO MÁXIMA (PACIENTE PRIMÁRIO, AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS E PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA). SEMI IMPUTABILIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 46 DA LEI DE DROGAS. AFASTAMENTO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MEDIDA DE SEGURANÇA. INTERNAÇÃO. CABIMENTO. REGIME INICIAL FECHADO DE CUMPRIMENTO DA PENA. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

VI - A fixação do regime inicial de cumprimento de pena deve observar as previsões dos arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, uma vez que o col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, não se admitindo, ainda, que a gravidade genérica do delito, por si só, justifique a imposição do regime inicial mais gravoso para o cumprimento de pena (Súmulas n. 718 e n. 719 do STF e Súmula n. 440 do STJ).

VII - Se o paciente não é reincidente, teve valoradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais e foi condenado pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prática de crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, cuja pena resta fixada em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, faz ele jus ao regime aberto de cumprimento de pena, ex vi do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para aplicar a causa de diminuição da pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, na fração de 2/3 (dois terços), fixando a pena definitiva em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, no regime aberto, com a consequente conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal, a ser estabelecida pelo MM. Juízo *a quo*".

(HC 396.298/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 30/06/2017)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO COM FULCRO NA HEDIONDEZ DO DELITO E NA GRAVIDADE ABSTRATA. AFASTAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO STF. NÃO SUBSTITUÍDA A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS TAMBÉM COM BASE NA NATUREZA DO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. Por ocasião do julgamento do HC n. 111.840/ES, realizado em sessão extraordinária do dia 27/6/2012, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e de outros a eles equiparados.

2. O Tribunal de origem entendeu devida a imposição do regime inicial fechado, sem haver apontado elementos concretos dos autos que, efetivamente, evidenciassem a imprescindibilidade de imposição do modo mais gravoso. Assim, considerado o *quatum* de pena imposto ao sentenciado, a análise favorável das circunstâncias judiciais, a quantidade de drogas apreendida e, ainda, a primariedade do paciente, é forçosa a confirmação da medida liminar anteriormente concedida para estabelecer o regime inicial aberto.

3. Quanto à possibilidade de substituição da pena dos condenados por tráfico de drogas, em 1º/9/2010, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n. 97.256/RS, de relatoria do Ministro Ayres Britto, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos', constante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como da expressão 'vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos', contida no art. 44 do mesmo diploma normativo, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena.

4. O paciente, além de ser primário e possuidor de bons antecedentes, teve a reprimenda-base fixada no mínimo legal e foi beneficiado com a aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em grau máximo, a qual visa, justamente, a beneficiar o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

chamado 'traficante ocasional', de modo que não há como afirmar que a substituição da pena não se mostra uma medida socialmente recomendada.

5. *Habeas corpus* concedido para estabelecer o regime aberto para o início do cumprimento da pena e, ainda, determinar que o Juízo das execuções penais, de maneira motivada, analise a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, tendo em conta, para tanto, o período em que permaneceu preso".

(HC 352.709/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 30/03/2017, DJe 07/04/2017)

Consoante esposado alhures, a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos crimes hediondos e equiparados foi superada pela Suprema Corte, de modo que a mera natureza do crime não configura fundamentação idônea a justificar a fixação do regime mais gravoso para os condenados pela prática dos delitos previstos na Lei Antitóxicos, haja vista que, para estabelecer o regime prisional deve o Magistrado decidir motivadamente, avaliando o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo artigo 33 do Código Penal, o que não ocorreu na espécie.

Assim, verifica-se que era mesmo caso de dar provimento ao recurso especial aviado pelos ora agravados, vez que tendo sido as penas-base fixadas no mínimo legal, não sendo os réus reincidentes e tendo sido a reprimenda final imposta no patamar de 8 anos de reclusão, é possível o estabelecimento do regime semiaberto para o inicial cumprimento das penas, a teor do disposto no artigo 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0149033-5

AgRg no
REsp 1.678.669 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00002614020158260583 0002137-18.2016.8.26.0996 1673/2015 167315 16732015
20160000794451 21371820168260996 2614020158260583 RI003CMM30000

EM MESA

JULGADO: 08/08/2017
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ANA BORGES COELHO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : A P M
RECORRENTE : C J C
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : A P M
AGRAVADO : C J C
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, negou provimento ao agravo, 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.