



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 240.286 - MT (2012/0081936-8)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : GILSANDRO SILVA CAETANO (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO
CID DE CAMPOS BORGES FILHO - DEFENSORA
PÚBLICA - MT005342

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/2006). CONDENAÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA, MANTIDA EM SEDE DE APELAÇÃO PELO TRIBUNAL *A QUO*. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PROPORCIONAL À GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME E À VARIAÇÃO DAS PENAS ABSTRATAMENTE COMINADAS. NEGATIVA DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. INVIABILIDADE. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO COM BASE NA VEDAÇÃO LEGAL. HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. REPRIMENDA TOTAL INFERIOR A 4 ANOS. OBSERVÂNCIA À QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. NECESSIDADE DE PREVENÇÃO E REPRESSÃO DO DELITO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. REGIME PRISIONAL SUBSEQUENTE MENOS RIGOROSO (SEMIABERTO). POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.

1. A imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena aplicada permite exige fundamentação idônea, mesmo em se tratando de crime hediondo ou a ele equiparado.

2. *In casu*, as instâncias ordinárias estabeleceram o regime inicial fechado com base, exclusivamente, na hediondez do delito (art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990), em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores. Resultando a pena definitiva em 3 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, considerados a primariedade e os bons antecedentes do paciente e, ainda, tomando por conta a quantidade e qualidade da droga apreendida (2.090 g de cocaína), em observância ao princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, é cabível a fixação do regime prisional subsequente menos rigoroso – *semiaberto* –.

3. O agravo regimental não traz argumentos novos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, razão por que mantenho o *decisum*.

4. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Antonio Saldanha Palheiro e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro.

Brasília, 07 de dezembro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 240.286 - MT (2012/0081936-8)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de agravo regimental interposto pelo **Ministério Público Federal** contra a decisão às fls. 111/126, mediante a qual concedi parcialmente a ordem, a fim de estabelecer o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena. Este é o resumo do *decisum* (fl. 111):

HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, *CAPUT*, DA LEI Nº 11.343/2006). CONDENAÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA, MANTIDA EM SEDE DE APELAÇÃO PELO TRIBUNAL A *QUO*. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PROPORCIONAL À GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME E À VARIAÇÃO DAS PENAS ABSTRATAMENTE COMINADAS. NEGATIVA DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. INVIABILIDADE. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO COM BASE NA VEDAÇÃO LEGAL. HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. RÉPRIMENDA TOTAL INFERIOR A 4 ANOS. OBSERVÂNCIA À QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. NECESSIDADE DE PREVENÇÃO E REPRESSÃO DO DELITO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. REGIME PRISIONAL SUBSEQUENTE MENOS RIGOROSO (SEMIABERTO). POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.

Ordem parcialmente concedida, a fim de estabelecer o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena (Processo nº 101501-2010/202).

Nas razões do regimental, o agravante sustenta, em síntese, que (fls. 165/170):

[...]

3. Sabe-se que, para a definição do regime inicial, a simples análise do *quantum* de pena aplicada não é suficiente.

4. Inicialmente, ao considerar a remissão do art. 33, § 3º ao art. 59 ambos do Código Penal, bem assim a literalidade do último preceito, há de se levar em conta a diferença entre fixar uma pena e fixar um regime inicial de cumprimento dessa pena.

5. Eis julgado dessa egrégia Corte Superior:

HABEAS CORPUS". ROUBO CONSUMADO. PRETENSÃO DE FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA MAIS BRANDO. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRECEDENTES.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Os Tribunais Superiores restringiram o uso do "habeas corpus" e não mais o admitem como substitutivo de recursos, e nem sequer para as revisões criminais.

2. É certo que o comando legal do art. 33, § 2º e § 3º, do Código Penal, não determina que o regime inicial tenha por baliza a pena-base fixada, e sim, que o Magistrado deva fundamentar seu "decisum" apoiado nas circunstâncias elencadas no art. 59, do mesmo "Codex".

3. Igualmente, as Súmulas n.º 718 e 719, do Supremo Tribunal Federal e a Súmula n.º 440, deste Sodalício, refutam a imposição de regime mais gravoso, quando lastreada, apenas, na gravidade abstrata do delito ou através de motivação inidônea.

4. "In casu", as instâncias ordinárias se apoiaram nos fatos concretos, ante as peculiaridades das circunstâncias que cercaram a prática da ação delituosa, sopesando a grave ameaça empregada e a impossibilidade de reação da vítima, em face da simulação do emprego de arma de fogo, quando da estipulação do regime inicial mais severo. Constrangimento ilegal não configurado.

5. "Habeas corpus" não conhecido. (**grifamos**)

(HC 283.682/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 25/03/2014, DJe 31/03/2014).

6. Assim, mesmo em casos de pena-base fixada no mínimo legal, a aplicação do regime mais rigoroso não configura constrangimento ilegal.

7. Na hipótese, a gravidade concreta do delito, demonstrada pela quantidade de droga apreendida (2kg de cocaína), e o *quantum* de pena aplicada (06 anos), autorizam a fixação de regime mais rigoroso - o regime fechado.

8. Eis o entendimento dessa egrégia Corte, em casos semelhantes:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, C/C O ART. 40, V, AMBOS DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENALIDADE CORPORAL DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. PLEITO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O ACUSADO DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. PREJUDICADO O PEDIDO DE AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO DELITO. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE, VARIEDADE E NOCIVIDADE DAS DROGAS, VALORADAS POR OCASIÃO DA DOSIMETRIA, QUE ENSEJAM A NECESSIDADE DO REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENALIDADE CORPORAL. INVIABILIDADE. MONTANTE DA PENALIDADE QUE NÃO COMPORTA O BENEFÍCIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

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

– Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

– A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas para embasar a não incidência da minorante do privilégio, quando, juntamente com as circunstâncias do delito, evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

– Por outro lado, o fato de o agente haver atuado como "mula" no transporte da droga não pode - como numa relação, pura e simples, de causa e efeito - levar à conclusão de que ele seria integrante de organização criminosa e, como tal, não seria merecedor da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. A diferenciação deve ser feita, inequivocamente, caso a caso, com base em elementos objetivos e concretos dos autos (REsp 1365002/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 22/08/2017, DJe 11/09/2017).

– Na espécie, infere-se que o Tribunal de origem conferiu legalidade ao não reconhecimento do privilégio, ao destacar que o transporte de elevada quantidade de drogas de natureza altamente nocivas (*cocaína e crack*) aliado às circunstâncias em que ocorreu o delito, indicativas do tráfico habitual, são elementos que permitem concluir que há dedicação às atividades criminosas. Modificar tal entendimento importa revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do *writ*. Precedentes.

– Não reconhecido o tráfico privilegiado, resta prejudicado o pedido de afastamento da hediondez do delito de tráfico de entorpecentes.

– Inalterada a pena corporal, fica inviável o acolhimento do pleito de sua substituição por medidas restritivas de direitos, pois o montante da sanção não atende ao requisito objetivo do art. 44, I, do CP.

– O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 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.

– **Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719 do STF.**

– Observa-se que, apesar da primariedade do paciente e de o montante da pena (5 anos e 10 meses de reclusão) comportar, em princípio, o regime inicial semiaberto, a necessidade do regime mais gravoso encontra-se lastreada no art. 33, § 3º, do Código Penal e no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, ante a gravidade concreta do delito, evidenciada pela quantidade, variedade e nocividade dos entorpecentes apreendidos (*maconha, cocaína e crack*), elementos que, inclusive, foram valorados por ocasião da dosimetria da pena. Precedentes.

– *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 415.310/MS, Rel. REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 26/09/2017, DJe 02/10/2017)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTES CONDENADOS ÀS PENAS DE 4 ANOS, 10 MESES E 10 DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PELO TRÁFICO PRIVILEGIADO, PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA QUE JUSTIFICA A FRAÇÃO ESCOLHIDA. REPRIMENDA MANTIDA. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. FRAÇÃO REDUTORA MÍNIMA APLICADA. TRIBUNAL A *QUO* QUE FIXOU O REGIME INICIAL SEMIABERTO. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. NOCIVIDADE E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. GRAVIDADE CONCRETA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

– 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.

– Nos termos do previsto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, *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*. Diante disso, tais elementos são fundamentos idôneos a ensejar a escolha da fração redutora de 1/6, prevista para a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, incidente ao caso dos autos, tendo em vista ter o acórdão recorrido apontado a necessidade de uma maior repressão do delito, ante a gravidade concreta da conduta dos paciente – apreensão de cocaína presa por ataduras aos corpos dos pacientes. Precedentes.

– **A imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta requer fundamentação específica, baseada em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719 do STF.**

– Na hipótese, a despeito de a pena ter sido fixada em patamar superior a 4 e inferior a 8 anos, presente circunstância judicial desfavorável – tendo em vista a apreensão de 3,993 quilogramas de cocaína –, o que ensejaria, inclusive, a fixação de regime inicial fechado, Tribunal a *quo* aplicou ao caso o inicial semiaberto, a afastar a necessidade de atuação desta Corte, por ausência do alegado constrangimento ilegal.

– Ademais, considerando o regime inicial semiaberto, o qual não se apresenta mais gravoso que o patamar de pena aplicada, mas tendo em vista a existência de circunstância judicial desfavorável, a efetiva detração de eventual pena cumprida de forma provisória seria irrelevante.

– Uma vez inalterada a pena corporal, a qual resultou em patamar superior a 4 anos, fica prejudicado o pleito de substituição da pena corporal, visto que o montante da pena não atende ao requisito objetivo do art. 44, I, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

– Habeas corpus não conhecido.

(HC 406.240/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2017, DJe 21/09/2017)

9. É certo que, no caso, a instância ordinária se baseou apenas na hediondez do delito, para afastar a possibilidade de fixação de regime mais brando.

10. Todavia, não é recomendável que essa egrégia Corte, ao reconhecer a ausência de fundamentação sobre os fatos, simplesmente conceda o benefício ao réu, notadamente quando é evidente que as circunstâncias concretas lhe são desfavoráveis e suficientes para o agravamento do regime inicial.

11. Assim, abrem-se duas possibilidades a essa egrégia Corte. A primeira delas é a manutenção da decisão recorrida por novos fundamentos, mediante a análise das circunstâncias concretas do crime - tais como a quantidade, a natureza e a variedade das drogas.

12. A segunda hipótese, que nos parece menos condizente com a celeridade, consiste na anulação da decisão que apresenta vício de fundamentação (nem sequer houve análise dos fatos, naquela oportunidade considerada dispensável), para que o Tribunal *a quo* decida novamente sobre a possibilidade de fixação e regime inicial mais brando, dessa vez afastado o argumento sobre a hediondez do delito. Essa tem sido a postura adotada por essa egrégia Corte Superior em hipóteses análogas:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. FIXADO O REGIME FECHADO E NEGADA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS COM BASE NA HEDIONDEZ, NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO E NA VEDAÇÃO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. ORDEM CONCEDIDA, EM MENOR EXTENSÃO, RATIFICADA A LIMINAR DEFERIDA.

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, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

2. *In casu*, foi fixado o regime inicial fechado e negada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos com base, exclusivamente, na hediondez, na gravidade abstrata do delito e na vedação legal, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

3. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso *sub judice*, uma vez que as instâncias de origem não procederam à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44 e incisos, do Código Penal.

4. Ordem concedida, em menor extensão, a fim de que, afastados os fundamentos referentes à hediondez e à gravidade *in abstracto* do delito de tráfico, bem como o óbice do art. 44 da Lei n.º 11.343/06, o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ratificada a liminar outrora deferida até ulterior deliberação do referido Juízo.

(HC 379.905/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 03/03/2017)

[...]

Requer, assim, reconsiderar a v. decisão agravada, ou para que, não o fazendo, remeta o presente agravo à egrégia Sexta Turma, para que ela anule ou reforme a decisão agravada, mediante provimento deste agravo interno, ou regimental (fl. 170).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 240.286 - MT (2012/0081936-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

Ao conceder parcialmente a ordem, disse eu o seguinte (fls. 118/126):

[...]

Está sob discussão no presente *writ* (i) a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, sem a devida fundamentação; (ii) a imposição de regime prisional mais gravoso, sem motivação concreta; e (iii) a negativa da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

A ordem merece parcial concessão. Vejamos.

Sabe-se que a dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por este Tribunal no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre na presente situação, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei nº 11.343/2006, *in verbis*:

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.

In casu, o magistrado singular dosou a pena com lastro na seguinte fundamentação (fls. 39/40):

[...]

Atento ao princípio constitucional da individualização da pena, passo a dosimetria da sanção criminal.

A pena prevista para o crime descrito no art. 33, 'caput', da Lei 11.343/2006 é de reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Em consonância aos preceitos insculpidos no art. 59 do Código Penal, verifico que a culpabilidade em nada ultrapassou ao tipo legalmente previsto, sendo considerada normal; não registra antecedentes (fls. 41 e 109); nada consta do caderno em relação a sua conduta social e personalidade; os motivos do crime são reprováveis, haja vista que o réu buscou por meio do tráfico assegurar a obtenção de lucro fácil; as circunstâncias são desfavoráveis, eis que o local em que a droga foi localizada, casa às margens do Rio Paraguai, demonstra que o acusado estava contribuindo com o transporte e arrecadação de entorpecente pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

via fluvial e posterior disseminação em grande quantidade dessa droga para consumo na grande Cáceres e até mesmo para outras localidades; as consequências são imensuráveis eis que centenas de usuários perdem a saúde, causam a discórdia familiar e a ruína financeira, além de muitos outros efeitos maléficos a coletividade; deixo de analisar o comportamento da vítima, pois no caso concreto a ofendida é a sociedade como um todo.

Assim, tendo em conta todas as circunstâncias judiciais analisadas, observando-se a preponderância elencada no art. 42 da Lei nº 11.343/2006, decorrente da natureza extremamente tóxica da cocaína e do grande montante apreendido [2.090g (dois mil e noventa gramas)], fixo a pena-base em 6 (seis) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa.

Na segunda etapa do sistema trifásico, vislumbro a incidência da atenuante da menoridade relativa (art. 65, I, CP), razão pela qual minoro a reprimenda no montante de 4 (quatro) meses e 200 (duzentos) dias-multa, encontrando a pena em formação de 5 (cinco) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Observo, ainda, a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/06. Pois bem, examinando os critérios a serem adotados pelo juiz como parâmetro para fixar entre a menor e maior fração (1/6 - 2/3), o colendo Superior Tribunal de Justiça decidiu que devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente. 'In verbis':

[...]

Destarte, tendo em conta os motivos, as circunstâncias e as consequências, já analisadas quando da fixação da pena-base, bem como a natureza extremamente tóxica da cocaína e do grande montante apreendido [2.090g (dois mil e noventa gramas)], aplico o redutor de 1/3 (um terço), perfazendo a reprimenda de 3 (três) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 334 (trezentos e trinta e quatro) dias-multa.

À míngua de quaisquer outras circunstâncias legais, encontro a pena definitiva de 3 (três) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 334 (trezentos e trinta e quatro) dias-multa.

Em razão da situação econômica do acusado, fixo o valor do dia-multa em um trigésimo do salário mínimo vigente à época dos fatos.

[...]

A Corte *a quo*, por sua vez, ao julgar o apelo defensivo, preservou o *quantum* imposto em primeira instância, consignando o seguinte (fls. 52/5):

[...] o crime de tráfico de entorpecentes, a nosso aviso, sempre e sempre, deve ser tratado com maior rigor, à conta dos efeitos deletérios que ocasiona no tecido social. Demais disso, tem-se ainda que o art. 42 da produção normativa respectiva determina a hegemonia do disposto em seu corpo [a natureza, quantidade da substância ou produto] sobre as circunstâncias judiciais, na fixação da pena-base.

Deste modo, como o entorpecente apreendido possui elevado caráter pernicioso [cocaína] e a quantidade apreendida foi de grande monta [2.060 gramas], temos que a fixação da pena-base em 06 [seis] anos se mostra escorreita, dado que o preceito secundário do tipo estabelece pena de 05 [cinco] a 15 [quinze] anos de reclusão.

Transposta esta questão, passo a analisar o pedido de aplicação em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

grau máximo da minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006.

De fato, o legislador não estabeleceu critérios a serem obedecidos à diminuição da pena, cifrando-se a enunciar que poderão ser reduzidas de 1/6 [um sexto] a 2/3 [dois terços]. À nosso aviso, à eleição da fração a ser aplicada ao caso concreto, cumpre ao julgador ter por fanal o que diciona o art. 42 da lei sobredita.

No caso versando, repiso, conspira para a desventura do apelante a considerável quantidade de entorpecente apreendida em seu poder, bem como pelo seu alto poder destrutivo [2.090 gramas de cocaína], resultando, pois, defeso a aplicação da minorante em sua fração máxima, conforme requestado pelo apelante.

Nessa ordem de ideias, se nos afigura de mister a manutença da sanção como fixada pelo juízo *a quo* [um terço], porquanto a render vassalagem a seu fito primacial - prevenção e repressão às condutas desviantes.

[...]

Pela leitura dos trechos supramencionados, observa-se que inexistente constrangimento ilegal a ser sanado na primeira fase da dosimetria, uma vez que a pena-base do paciente afastou-se do mínimo legal com lastro na nocividade e quantidade da droga apreendida, a saber, *2.090 gramas de cocaína*, argumentos válidos para tal fim, pois em consonância ao já mencionado art. 42 da Lei nº 11.343/2006.

Logo, respeitando a discricionariedade vinculada do julgador, tenho que deve ser mantida a pena-base aplicada - 6 anos de reclusão -, pois proporcional à gravidade concreta do crime e à variação das penas abstratamente cominadas ao tipo penal violado, qual seja, 5 a 15 anos de reclusão.

Nesse norte: AgRg no AREsp nº 1034892/SP, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 6/10/2017, HC nº 399.659/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 31/8/2017, REsp nº 1.365.0002/MS, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 11/9/2017, Hc nº 403.741/RO, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 25/8/2017 e HC nº 348.043/SP, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 1/2/2017.

Relativamente à negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, melhor sorte também não socorre ao impetrante.

Nesse particular, pela precisão e clareza dos fundamentos apontados, adoto como razões de decidir o parecer ministerial, cujo teor ora transcrevo (fls. 88/92):

[...]

Quanto à negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a justificativa dada tanto pelo MM. Julgador quanto pelo Tribunal *a quo*, no sentido da ausência de efeito vinculante na decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade da vedação legal da referida conversão, não mais subsiste. É que, diante de tal decisão, em 15/02/2012, o Senado Federal editou resolução para suspender a execução (eficácia) de parte do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 e retirar a validade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos".

Assim, não há que se falar em vedação legal para a substituição da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso, porém, o MM. Juiz de primeiro grau invocou outra razão para obstar a substituição: *"analisando o caso 'sub judice', entendo que os motivos e as circunstâncias do grave ilícito, cotejadas quando do exame das circunstâncias judiciais (CP - art. 59), não indicam que a substituição seja suficiente para reparar e prevenir o crime, nos moldes do inciso III do art. 44 do Código Penal"* (Fl. 42).

Portanto, tendo o *decisum* considerado que o paciente não preenchia os requisitos legais para obter o benefício da substituição, não há constrangimento ilegal em seu indeferimento.

O disposto no § 1º do artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos serviram, por sua vez, para a fixação do regime fechado de cumprimento de pena, sem qualquer ilegalidade.

No ponto, os seguintes precedentes dessa Colenda Corte:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. PRETENSÃO DE REDUÇÃO MÁXIMA. QUANTUM JUSTIFICADO. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. ORDEM DENEGADA.

[...] 4. Embora esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entenda possível, em tese, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a fixação do regime menos gravoso para os condenados pelo delito de tráfico ilícito de entorpecentes, no caso concreto, verifica-se que não se mostra razoável a concessão de tais benesses.

5. É que a quantidade e a variedade das substâncias entorpecentes apreendidas atraem a incidência dos ditames norteadores do art. 42 da Lei nº 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".

6. Na espécie, o Tribunal de origem apreciou e decidiu pela negativa de abrandamento do regime inicial, bem como pela impossibilidade da substituição da pena por restritiva de direitos, em atenção à quantidade e à variedade das drogas apreendidas.

7. Condenado o paciente à pena de 2 (dois) anos, 9 (nove) meses de reclusão, por tráfico de 450g de maconha e 100 g de cocaína, o regime mais adequado à espécie é o fechado.

8. Ordem denegada.

(HC 228.592/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 07/05/2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO. ART. 59 DO CP. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 EM PATAMAR MÁXIMO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. MATÉRIAS NÃO EXAMINADAS NA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.

1. É cediço que a pena-base deve ser fixada concreta e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentadamente (art. 93, IX, CF), de acordo com as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do delito.

2. Na espécie, não se vislumbra a existência de constrangimento ilegal a ser sanado na via estreita do *writ*, porquanto a pena-base fora estabelecida acima do mínimo legal de maneira fundamentada, com lastro em elementos idôneos, atendendo ao princípio da proporcionalidade.

[...] 4. A Lei nº 11.464/07 modificou a redação da Lei nº 8.072/90, derogando a vedação à progressão de regime nos crimes hediondos ou equiparados, mas persistiu na ofensa ao princípio da individualização da pena quando se afirmou que todos esses crimes deveriam iniciar a expiação no regime mais gravoso.

5. Não obstante a primariedade e os bons antecedentes do réu, a natureza e a quantidade do entorpecente apreendido - 1.030 g (mil e trinta gramas) de cocaína, dividida em 123 (cento e vinte e três) cápsulas - justificam a adoção de regime prisional mais gravoso.

6. Ordem parcialmente conhecida e, nesta extensão, denegada.

(HC 224.788/AC, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 22/03/2012, DJe 09/05/2012)

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELO MAGISTRADO SINGULAR, NO PATAMAR DE 1/3 (UM TERÇO). AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL E DA SUPREMA CORTE. CRIME HEDIONDO. REGIME INICIAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE, NA HIPÓTESE DE COMETIMENTO APÓS A EDIÇÃO DA LEI Nº 11.464/2007. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL, PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ORDEM DENEGADA..

1. O art. 42 da Lei nº 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

2. Na hipótese, a quantidade da droga apreendida - 10 invólucros de maconha, 15 invólucros de crack e 22 pinos de cocaína - justifica a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3 (dois terços).

[...]

4. O regime inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei nº 11.464, de 29 de março de 2007, que deu nova redação ao § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, ressalvada a possibilidade de fixação de regime prisional mais brando, quando, aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, for substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a fim de adequar a reprimenda ao benefício concedido justamente para evitar o encarceramento.

5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 97.256/RS, Rel. Ministro AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei nº



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006.

6. No caso dos autos, evidencia-se a impossibilidade em se conceder o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, uma vez que o Paciente não preenche os requisitos do art. 44 do Código Penal, já que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal.

7. Ordem denegada.

(HC 223.506/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 28/02/2012, DJe 08/03/2012)

[...]

Por derradeiro, quanto ao regime prisional de cumprimento da pena, é possível constatar a existência do alegado constrangimento ilegal, uma vez que a imposição do regime mais gravoso deu-se exclusivamente com base na vedação legal prevista no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, tendo o Tribunal *a quo*, corroborando o quanto dito pelo magistrado de piso, consignado que *por expressa vedação legal, vez que a regra constante no parágrafo primeiro do artigo 2º da Lei 8.072/90, com redação determinada pela Lei 11.464/07, determina que o regime inicial de cumprimento de pena para os crimes hediondos e assemelhados será o fechado* (fl. 53).

De acordo com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, não há mais espaço para a fixação do regime fechado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade com base apenas na vedação contida no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 ou na gravidade abstrata do delito. A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permite exige motivação idônea, mesmo em se tratando de crime hediondo ou a ele equiparado.

Com a declaração pelo Pretório Excelso da inconstitucionalidade do regime integral fechado e do § 1º do art. 2º da Lei de Crimes Hediondos, com redação dada pela Lei n. 11.464/2007, o cumprimento da pena passou a ser regido pelas disposições gerais do Código Penal (HC n. 285.744/RJ, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 26/3/2014).

Mesmo para os crimes hediondos ou a eles equiparados cometidos na vigência da Lei n. 11.464/2007, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da pena imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto, para que, então, seja escolhido o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e repressão do delito perpetrado (HC n. 273.348/SP, Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 27/2/2014).

Confirmam-se, ainda, estes julgados da Sexta Turma: HC n. 351.722/SP, Ministro Rogério Schietti Cruz, DJe 17/5/2016; HC n. 342.645/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 15/3/2016; HC n. 343.710/SP, Felix Fischer, DJe 21/3/2016; HC n. 339.838/SP, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), DJe 16/2/2016; e HC n. 325.630/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 30/11/2015.

Do Supremo, além do HC n. 111.840/ES, Ministro Dias Toffoli, Pleno, DJe 17/12/2013, os seguintes precedentes: HC n. 120.595/AL, Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 22/5/2014; e RHC n. 120.334/RJ, Ministro Gilmar Mendes, DJe 15/5/2014.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sob este cenário, em observância ao princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, entendo por bem fixar o regime prisional subsequente menos rigoroso, qual seja, o semiaberto.

Posto isso, **concedo parcialmente a ordem**, a fim de estabelecer o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena (Processo nº 101501-2010/202).

Comunique-se, com urgência, o Tribunal de Justiça de Mato Grosso e o Juízo da Vara de Execuções Criminais competente.

Publique-se.

Pois bem. Mantenho a decisão agravada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Na hipótese dos autos, as instâncias ordinárias estabeleceram o regime inicial fechado com base, exclusivamente, na hediondez do delito (art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990), em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

Como é cediço, a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena aplicada permite exige fundamentação idônea, mesmo em se tratando de crime hediondo ou a ele equiparado.

Sob tal moldura, considerada a quantidade de pena aplicada (3 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão), a primariedade e os bons antecedentes do paciente e, ainda, tomando por conta a quantidade e qualidade da droga apreendida (2.090 g de cocaína), verifica-se que era mesmo caso de conceder parcialmente a ordem para, observado o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, fixar o regime prisional subsequente menos rigoroso – *semiaberto* –.

A propósito, vários precedentes desta Corte Superior: AgRg no HC n. 374.988/SP, Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 23/10/2017, AgRg no HC n. 383.584/SP, Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 14/11/2017, AgRg no REsp n. 1678669/SP, Ministra Maria Thereza de Assis



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Moura, Sexta Turma, DJe 15/8/2017, HC n. 374.975/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 6/12/2016 e AgRg no HC n. 354.161/RJ, Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe de 1º/9/2016.

Por tais razões, **nego provimento** ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0081936-8 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no**
HC 240.286 / MT
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1015012010 2022010 6597382010 862482011

EM MESA

JULGADO: 07/12/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO
ADVOGADO : CID DE CAMPOS BORGES FILHO - DEFENSORA PÚBLICA - MT005342
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO
PACIENTE : GILSANDRO SILVA CAETANO (PRESO)
CORRÉU : SEBASTIÃO FRANÇA PARABÁ
CORRÉU : LEANDRO FEITOSA DA SILVA
CORRÉU : LUIZ DA SILVA FONSECA

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : GILSANDRO SILVA CAETANO (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO
CID DE CAMPOS BORGES FILHO - DEFENSORA PÚBLICA - MT005342

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 do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Antonio Saldanha Palheiro e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro.