



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 395.625 - SP (2017/0081813-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FABIANA CAMARGO MIRANDA GUERRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BRUNO RAMON PEREIRA DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. *QUANTUM* DE INCIDÊNCIA. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. TRÁFICO PRIVILEGIADO. DELITO NÃO HEDIONDO. NOVO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC Nº 118.533/MS. MUDANÇA DE POSICIONAMENTO DA QUINTA E SEXTA TURMAS. REVISÃO DO ENTENDIMENTO ANTERIORMENTE CONSOLIDADO PELA TERCEIRA SEÇÃO. CANCELAMENTO DO ENUNCIADO SUMULAR Nº 512/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. PARCIAL CONCESSÃO DA ORDEM.

1. O estabelecimento do redutor na fração de 1/6 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, diante da quantidade e variedade das substâncias entorpecentes apreendidas em poder do paciente – 490,4 g de maconha e 53,2 g de cocaína –, 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. 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 e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto. Outrossim, de acordo com o entendimento recentemente firmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (HC n.º 118.533/MS, julgado em 23.6.2016), "o crime de tráfico privilegiado de drogas não tem natureza hedionda". Mudança de posicionamento quanto ao tema por parte da Quinta e Sexta Turmas desta Corte Superior, que culminou na revisão do entendimento anteriormente consolidado, pela Terceira Seção, e no cancelamento do enunciado n.º 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.

4. Fixada a pena-base no mínimo legal, bem como aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, sendo a reprimenda final de 4 anos e 2 meses de reclusão, é possível o estabelecimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do regime inicial semiaberto, a teor do disposto no art. 33, § 2º, alínea *b*, do Código Penal.

5. *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, 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 e Nefi Cordeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

Brasília, 05 de setembro de 2017 (Data do Julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 395.625 - SP (2017/0081813-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FABIANA CAMARGO MIRANDA GUERRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BRUNO RAMON PEREIRA DA SILVA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de BRUNO RAMON PEREIRA DA SILVA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal nº 0000732-60.2016.8.26.0635).

Segundo se colhe dos autos, o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 416 dias-multa, pela prática do delito descrito no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Confira-se o teor do *decisum*, no que interessa:

(...) Passo, então, à fixação da pena que será aplicada: Na fase do artigo 42 da Lei nº 11.343/06, fixo a pena-base no piso, cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa. Inexistindo agravante a reconhecer, as atenuantes genéricas da confissão espontânea e menoridade relativa não produzirão efeitos, nos termos da Súmula 231 do STJ. Não observo óbice à aplicação da causa de diminuição do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 à hipótese dos autos, mas **considerando a quantidade e variedade das drogas**, reduzo a pena para quatro anos e dois meses de reclusão e quatrocentos e dezesseis dias-multa, a qual torno definitiva ante a inexistência de outros fatores a considerar. **Como o delito em questão é equiparado a crime hediondo, entendo que o único regime inicial adequado ao cumprimento da pena é o fechado**, pois a fixação de regime diverso se mostra absolutamente incompatível com que gravidade objetiva do tráfico de drogas, que traz nefastas consequências sociais. Ante todo o exposto e considerando o mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE a pretensão punitiva estatal para condenar o réu BRUNO RAMON PEREIRA DA SILVA como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, aplicando a pena de quatro anos e dois meses de reclusão, no regime inicial fechado, e quatrocentos e dezesseis dias-multa. O dia-multa será calculado no valor mínimo unitário previsto na lei especial, por não haver motivo informado nos autos que justifique sua majoração (...) (fls. 17/18) (grifou-se).

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal *a quo* negou provimento, em acórdão assim fundamentado:

(...)

A materialidade e a autoria delitivas restaram demonstradas pelas provas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

coligidas.

O apelante confessou sob o crivo do contraditório envolvimento no tráfico de drogas. Afirmou que as porções de cocaína apreendidas pelos policiais lhe pertenciam, e estava transportando-as para ajudar sua mãe, faxineira, que estava com o aluguel e as contas de energia elétrica e água atrasadas (fls. 102).

E sua versão encontra-se em perfeita harmonia aos demais elementos de convicção produzidos nos autos.

Os policiais militares que participaram da diligência que culminou na prisão em flagrante do recorrente, em seguros relatos, confirmaram à autoridade judicial como se deram os fatos descritos na denúncia (cf. mídias de fls. 100 e 101).

Como visto, diante dos insuspeitos depoimentos, bem como pelas circunstâncias que levaram à prisão do apelante, notadamente por ter sido surpreendido em poder de elevada quantidade e variedade de entorpecentes, somadas à forma como estavam acondicionadas as porções, são fatores que demonstram, efetivamente, que se destinavam ao comércio clandestino.

Logo, a condenação pelo tráfico de drogas, tal como prolatada na r. sentença, era medida inarredável.

As penas não comportam reparos.

As basilares foram fixadas no piso.

Na segunda fase não sofreram alteração, ainda que presentes as atenuantes da confissão e da menoridade, conforme orientação da Súmula 231 do STJ.

Em seguida, o nobre Magistrado sentenciante aplicou a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, na fração de 1/6.

Ora, diversamente do sustentado pela combativa defesa, incabível a redução em 2/3 nas reprimendas por conta do privilégio, haja vista que **a expressiva quantidade de entorpecentes apreendidos não autorizam maior diminuição.**

Inviável a aplicação de substitutivo penal porque os motivos e as circunstâncias do crime não indicam que essa substituição seja suficiente para o crime de tráfico de drogas e tivesse efetividade para a repressão e prevenção de práticas delituosas (redação do artigo 44, inciso II, parte final, do Código Penal).

O regime prisional inicial fechado é o mais adequado ao caso concreto, não somente por conta da gravidade do crime, mas também pela ousadia demonstrada pelo agente em atuar no comércio ilícito de drogas.

Destarte, a respeitável sentença recorrida não comporta qualquer reparo, merecendo total prestígio e confirmação.

Posto isso, NEGA-SE provimento (fls. 21/22) (grifou-se).

Daí o presente *mandamus*, em que se defende que o paciente faz jus ao redutor previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/2006, em seu patamar máximo.

Sustenta a fixação de regime menos gravoso e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Invoca as súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e súmula 440 Superior Tribunal de Justiça.

Ressalta que o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento pela inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90.

Requer, liminarmente e mérito, seja reduzida a pena na fração máxima prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, estabelecido o regime menos gravoso, bem como determinada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

A liminar foi indeferida às fls. 26/28.

Foram prestadas informações às fls. 35/42 e 45/46.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Antônio Carlos Pessoa Lins, pela negativa de seguimento do *writ* (fl. 48).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 395.625 - SP (2017/0081813-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. TRÁFICO PRIVILEGIADO. DELITO NÃO HEDIONDO. NOVO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC Nº 118.533/MS. MUDANÇA DE POSICIONAMENTO DA QUINTA E SEXTA TURMAS. REVISÃO DO ENTENDIMENTO ANTERIORMENTE CONSOLIDADO PELA TERCEIRA SEÇÃO. CANCELAMENTO DO ENUNCIADO SUMULAR Nº 512/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. PARCIAL CONCESSÃO DA ORDEM.

1. O estabelecimento do redutor na fração de 1/6 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, diante da quantidade e variedade das substâncias entorpecentes apreendidas em poder do paciente – 490,4 g de maconha e 53,2 g de cocaína –, 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. 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 e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto. Outrossim, de acordo com o entendimento recentemente firmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (HC n.º 118.533/MS, julgado em 23.6.2016), "o crime de tráfico privilegiado de drogas não tem natureza hedionda". Mudança de posicionamento quanto ao tema por parte da Quinta e Sexta Turmas desta Corte Superior, que culminou na revisão do entendimento anteriormente consolidado, pela Terceira Seção, e no cancelamento do enunciado n.º 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.

4. Fixada a pena-base no mínimo legal, bem como aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, sendo a reprimenda final de 4 anos e 2 meses de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial semiaberto, a teor do disposto no art. 33, § 2º, alínea *b*, do Código Penal.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Insurge-se a presente impetração contra 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, pleiteando, ainda, a fixação do regime mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Quanto ao patamar de diminuição, na terceira fase da dosimetria, eis o que consignou o Juízo de primeira instância:

Não observo óbice à aplicação da causa de diminuição do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 à hipótese dos autos, mas **considerando a quantidade e variedade das drogas**, reduzo a pena para quatro anos e dois meses de reclusão e quatrocentos e dezesseis dias-multa, a qual torno definitiva ante a inexistência de outros fatores a considerar (fl. 17) (grifou-se).

A Corte de origem, por sua vez, manteve a fração fixada pelo Magistrado de primeiro grau (fls. 21/22).

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 e variedade das substâncias entorpecentes apreendidas – 490,4 g de maconha e 53,2 g de cocaína (fl. 9).

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.

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

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO FIXADA EM 1/6. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA QUE JUSTIFICAM A FRAÇÃO UTILIZADA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- Deve ser mantida a fração redutora de 1/6, pelo reconhecimento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando o acórdão, dentro da discricionariedade permitida por lei, fundamenta, concretamente, na quantidade e natureza da droga apreendida.

- Tendo em vista o não redimensionamento da pena e mantido o patamar acima de 4 anos, o paciente não faz jus ao regime aberto, conforme disposições do art. 33, § 2º, do Código Penal.

- Não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista que o quantum da pena aplicada supera o limite previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 336.468/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 19/04/2016)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. MITIGAÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

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 art. 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP e, com preponderância, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

2. Inexiste ilegalidade na manutenção do redutor no patamar de 1/3 (um terço), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dado o expressivo volume dos entorpecentes apreendidos e sua variedade.

(...)

3. Habeas corpus não conhecido.

(HC 317.172/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/04/2016, DJe 12/04/2016)

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. MAUS ANTECEDENTES. PERÍODO DEPURADOR. FRAÇÃO DA MINORANTE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. RECURSO NÃO PROVIDO.

(...)

5. A escolha do percentual de diminuição de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 decorre da discricionariedade vinculada do julgador, de modo que a alteração do quantum de redução nesta instância



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

superior depende da demonstração de ilegalidade ou de teratologia, inexistente no caso.

6. Recurso especial não provido.

(REsp 1160440/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 31/03/2016)

Não há falar, pois, em exasperação do referido *quantum*.

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

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

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

No caso em tela, a reprimenda final do paciente foi fixada em 4 anos 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 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)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

Outrossim, quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, o Juízo de primeira instância assim se manifestou:

Como o delito em questão é equiparado a crime hediondo, entendo que o único regime inicial adequado ao cumprimento da pena é o fechado, pois a fixação de regime diverso se mostra absolutamente incompatível com que **gravidade objetiva** do tráfico de drogas, que traz nefastas consequências sociais (fl. 17) (grifou-se).

O Colegiado estadual, por seu turno, consignou:

O regime prisional inicial fechado é o mais adequado ao caso concreto, não somente por conta da gravidade do crime, mas também pela ousadia



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

demonstrada pelo agente em atuar no comércio ilícito de drogas (fl. 22).

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

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

O citado *writ* possui esta ementa:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO MAIS GRAVE DO QUE O PREVISTO EM LEI. DIREITO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EXCEÇÃO À SÚMULA 691.

Tráfico de entorpecentes. Fixação da pena. Circunstâncias judiciais favoráveis. Pena fixada em quantidade que permite a substituição da privação de liberdade por restrição de direitos ou o início do cumprimento da pena no regime aberto. Imposição, não obstante, de regime fechado. Constrangimento ilegal a ensejar exceção à Súmula 691/STF. Ordem concedida. (HC n.º 101.291/SP; Relator(a): Ministro Eros Grau; Julgamento: 24/11/2009; Segunda Turma; DJe-027 - 12-02-2010)

Diante disso, a Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o *quantum* de pena aplicado, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do 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, em recente decisão, 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*:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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 criminoso.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"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 (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 distinta 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.

Na espécie, verifica-se que foi fixado o regime inicial fechado com base, tão somente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos tribunais superiores.

Ora, fixada a pena-base no mínimo legal, bem como aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, sendo a reprimenda final de 4 anos e 2 meses de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial semiaberto, a teor do disposto no art. 33, § 2º, alínea *b*, do Código Penal.

Ante o exposto, **concedo parcialmente** a ordem a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena imposta ao paciente nos autos da ação penal n.º 0000732-60.2016.8.26.0635.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0081813-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 395.625 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00007326020168260635 20160000558671 7326020168260635

EM MESA

JULGADO: 05/09/2017

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FABIANA CAMARGO MIRANDA GUERRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BRUNO RAMON PEREIRA DA SILVA

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 e Nefi Cordeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.