



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 359.950 - RS (2016/0158681-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : KATIA SILENE DA SILVA ALVES

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. NEGATIVA. ENVOLVIMENTO COM TRÁFICO ORGANIZADO. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NÃO CONHECIMENTO.

1. Concluído pelo Tribunal de origem, com arrimo nos fatos da causa, que a paciente possuía envolvimento com o tráfico organizado, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.

2. Devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial fechado pelo Tribunal *a quo*, com base nas circunstâncias do caso concreto, em especial a quantidade, variedade e natureza das drogas apreendidas - 138,4g de *crack*, 608g de cocaína e 1633g de maconha (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), bem como o fato de a paciente estar envolvida com o crime organizado, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

3. *Habeas corpus* não conhecido.

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, não conheceu do *habeas corpus*, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

Brasília, 09 de agosto de 2016(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 359.950 - RS (2016/0158681-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : KATIA SILENE DA SILVA ALVES

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de KATIA SILENE DA SILVA ALVES, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Apelação Crime nº 0562999-39.2011.8.21.7000).

Segundo se colhe dos autos, a paciente foi condenada, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 600 dias-multa, pela prática descrita no artigo 33, *caput* e § 4º, da Lei nº 11.343/2006, nos seguintes termos:

Quanto às circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, e em atenção ao artigo 42 da Lei nº 11.343/2006, a culpabilidade está demonstrada, pois a ré é imputável, tinha consciência da ilicitude de seu procedimento e detinha condições de portar-se de acordo com tal entendimento. Assim, reprovável a conduta. A acusada não apresenta antecedentes. A personalidade não obteve maior análise no curso do feito, razão pela qual deve ser tida como normal. O mesmo se diga da conduta social. Os motivos presumem-se ínsitos à espécie delitiva, quais sejam, a obtenção de lucro fácil pela via da mercancia de substância entorpecente, não merecendo valoração negativa. As circunstâncias depõem em desfavor da ré **pela variedade de drogas apreendidas, maconha, cocaína e crack. As consequências são negativas já que a droga, em considerável quantidade, posta em comércio, traria malefícios de jaez ao bem jurídico protegido. E é sabido que o crack, droga de elevado poder viciante, vem destruindo vidas e o seu uso desencadeia o cometimento de diversos delitos.** Descabe análise do comportamento da vítima no presente caso, dada a natureza do delito.

Ante a análise acima, entendo que a culpabilidade do agente, enquanto reprovabilidade da conduta praticada, deve ser avaliada em grau leve a moderado, mostrando-se necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime de tráfico de drogas a fixação da pena base um pouco acima do mínimo legal, restando a pena base em 06 (seis) anos de reclusão.

Não há circunstâncias agravantes ou atenuantes a considerar. Assim, resta calculada a pena provisória em 06 (seis) anos de reclusão.

Incidente a causa de diminuição da pena prevista no artigo 33, § 4º da Lei nº 11.343.2006, pelo que diminuo a pena em 1/6 (um sexto), resultando



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a pena privativa de liberdade em 05 (cinco) anos de reclusão.

Não havendo outras causas de aumento, de diminuição ou de modificação da pena a considerar, FIXO a PENA DEFINITIVA em 05 (cinco) anos de reclusão a qual CONDENO KÁTIA SILENE DA SILVA ALVES.

(...)

DIANTE DO EXPOSTO, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido contido na denúncia aforada pelo Ministério Público para:

(...)

d) CONDENAR KÁTIA SILENE DA SILVA ALVES, qualificada nos autos, como incurso nas sanções do artigo 33, caput, e seu §4º da Lei nº 11.343/2006, à pena privativa de liberdade de 05 (cinco) anos, de reclusão e pena de multa de 600 (seiscentos) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo da época do fato;

(...)

Os réus iniciarão o cumprimento da pena em regime inicialmente fechado, face ao disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, com a redação conferida pela Lei nº 11.464/2007 (fls. 537/542) (grifou-se).

Irresignados, o Ministério Público e a defesa interpuseram recursos de apelação, tendo o Tribunal *a quo* negado provimento ao recurso da ora paciente e dado parcial provimento ao apelo ministerial para, afastada a aplicação da causa de diminuição da pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, fixar sua pena carcerária em 6 anos de reclusão:

(...) correto o afastamento do tráfico privilegiado, como pleiteou o Ministério Público apelante, diante da grande quantidade de drogas apreendidas, evidenciando **o envolvimento das rés em tráfico organizado e de maior lesividade social**, o que afasta a possibilidade de incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, restando a pena definitiva no *quantum* fixado para a pena-base.

Assim, ALVINA DE FÁTIMA DOS SANTOS FAGUNDES cumprirá 06 (seis) anos de reclusão, ALCIONE FRANCISCA FAGUNDES DOS SANTOS cumprirá 06 (seis) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e KÁTIA SILENE DA SILVA ALVES cumprirá 06 (seis) anos de reclusão.

(...)

O regime prisional foi fixado na sentença em inicial fechado.

Diante do reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, no habeas corpus nº 111.840/ES, da inconstitucionalidade da obrigatoria fixação de regime inicial fechado nos crimes hediondos e equiparados, como é o caso do tráfico, estabelecida no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, uniformizado nos tribunais superiores, imperativa a observância dos requisitos do art. 33 do Código Penal na fixação do regime inicial:

(...)

Dessa forma, diante do quantitativo de pena privativa de liberdade, mas **considerando as circunstâncias que determinariam o aumento da pena-base e o afastamento do tráfico privilegiado, a aumentar a reprovabilidade da conduta e demonstrar a maior periculosidade social do agente**, mantenho o regime inicial de cumprimento da pena em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fechado, nos termos do art. 33, § 2º, alínea a, e § 3º, do Código Penal.
(...) (fls. 843/845) (grifou-se).

Daí o presente *mandamus*, em que sustentam as impetrante, em suma, que a paciente faz jus ao redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, salientando que é primária, que "não existem elementos que possam indicar a dedicação e a habitualidade no que se refere à atividade delituosa" e que "o legislador não afetou a concessão do benefício legal à quantidade ou qualidade da droga apreendida."

Por outro lado, pleiteiam a fixação do regime semiaberto de cumprimento da pena, considerado-se a pena imposta, o fato de que a paciente não é reincidente e sequer possui antecedentes e de que "nada pode ser dito quanto à conduta social e a personalidade do mesmo, eis que inexistem informações quanto a este aspecto."

Requerem, liminarmente e no mérito, seja aplicada a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, em seu patamar máximo, bem como a concessão de regime de cumprimento de pena mais brando.

A liminar foi indeferida às fls. 862/865.

Foram prestadas informações às fls. 874/875 e 878/921.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral Maria das Mercês de C. Gordilho Aras, pelo conhecimento do *writ* e pela denegação da ordem (fls. 924/934).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 359.950 - RS (2016/0158681-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. NEGATIVA. ENVOLVIMENTO COM TRÁFICO ORGANIZADO. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NÃO CONHECIMENTO.

1. Concluído pelo Tribunal de origem, com arrimo nos fatos da causa, que a paciente possuía envolvimento com o tráfico organizado, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.

2. Devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial fechado pelo Tribunal *a quo*, com base nas circunstâncias do caso concreto, em especial a quantidade, variedade e natureza das drogas apreendidas - 138,4g de *crack*, 608g de cocaína e 1633g de maconha (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), bem como o fato de a paciente estar envolvida com o crime organizado, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

3. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Destaco, inicialmente, que se trata de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, o que impede o seu conhecimento. Cabe avaliar, de qualquer sorte, a existência de ilegalidade patente, a ensejar a concessão de ordem de ofício.

Mister sublinhar que o art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

Na espécie, verifica-se que o Tribunal de origem, com arrimo nos fatos da causa, afastou a incidência da causa especial de redução de pena à espécie por entender que a paciente se possuía envolvimento com o tráfico organizado.

Dessarte, afigura-se inviável a aplicação do aludido redutor, uma vez que tal conclusão não podem ser revistas sem o necessário revolvimento no acervo fático-probatório, o que não se admite em sede de *habeas corpus*, via angusta por excelência. Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do(a) acusado(a), que não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.

2. No caso vertente, não obstante a paciente seja primária e possuidora de bons antecedentes, o juiz sentenciante afastou a aplicação da causa especial de diminuição de pena com base nas circunstâncias do caso concreto, as quais o levaram a acreditar que ela se dedicava a atividades delituosas, notadamente ao cometimento do narcotráfico.

3. Para se afastar a conclusão das instâncias ordinárias, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência essa que, como cediço, é vedada na via estreita do habeas corpus.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 291.540/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/08/2014, DJe 26/08/2014)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (...) CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS E INTEGRAVA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. (...)

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de revisão criminal.

(...)

3. Concluído pelas instâncias ordinárias, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava às atividades criminosas e integrava organização criminosa denominada Comando Vermelho, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

(...)

8. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, somente em relação ao paciente JEFERSON ARILSON DA SILVA PASSOS, para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena.

(HC 261.282/RJ, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2014, DJe 09/04/2014)

Do Supremo Tribunal Federal, colho os seguintes julgados:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES (ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, I, DA LEI 11.343/2006). CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. AFASTAMENTO PELO JUÍZO SENTENCIANTE E PELO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. ANÁLISE DA DEDICAÇÃO DO PACIENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA OU DE SER INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. NECESSIDADE DO REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. (...)

(...)

3. A causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da lei 11.343/06 está condicionada ao preenchimento, cumulativo, dos requisitos legais: primariedade, bons antecedentes e agente que não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

4. A análise da dedicação, ou não, do agente com atividade criminosa demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via do habeas corpus. Precedentes: RHC 105.150, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 04.05.12; HC 101.265, Segunda Turma, Red. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, DJe de 06.08.12; RHC 107.860, Primeira Turma, Rel. a Min. Rosa Weber, DJe de 25.09.12.

5. A conduta social do réu, o concurso de agentes, a quantidade e a natureza do entorpecente, os apetrechos utilizados e as circunstâncias em que a droga foi apreendida podem constituir o amparo probatório para o magistrado reconhecer a dedicação do réu à atividade criminosa. Precedentes: RHC 94.806/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 16/04/2010; HC 116.541/ES, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 6/6/2013; HC 98.366/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 5/2/2010.

(...)

9. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido. Ordem concedida, de ofício, para determinar ao Juízo processante ou, se for o caso, ao Juízo da execução penal, que, afastado o óbice constante do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, verifique se o paciente preenche, ou não, os requisitos necessários à fixação do regime diverso de fechado.

(RHC 121092, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2014, DJe-088 DIVULG 09-05-2014 PUBLIC 12-05-2014)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. INCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO STJ. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRECEDENTES. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA, MAS DENEGADA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. A não aplicação da causa de diminuição da pena do § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06 pressupõe a demonstração pelo juízo sentenciante da existência de um conjunto probatório apto a afastar a configuração de alguma das hipóteses descritas no preceito legal (a) primariedade; (b) bons antecedentes; (c) não dedicação a atividades criminosas; e (d) não integração à organização criminosa.

2. No caso, as instâncias ordinárias concluíram, com base nos elementos de provas colhidos sob o crivo do contraditório, que o paciente se dedicaria à atividades criminosas, em especial à prática do crime de tráfico de drogas. Nesse contexto, revela-se inviável a utilização do habeas corpus para o revolvimento do conjunto fático-probatório, a fim de reexaminar o que decidido pelas instâncias ordinárias.

3. O acórdão impugnado não apreciou os fundamentos invocados na impetração no que concerne ao regime inicial de cumprimento da pena. Desse modo, qualquer juízo desta Corte sobre a matéria implicaria indevida supressão de instância e contrariedade à repartição constitucional de competências. Precedentes.

4. Ordem parcialmente conhecida, mas denegada.

(HC 111607, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/10/2013, DJe-205 DIVULG 15-10-2013 PUBLIC 16-10-2013)

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

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 RÉGIME 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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:

"Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei n.º 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 n.º 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 n.º 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 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*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

Assim, restou superada pela Suprema Corte e por este Tribunal Superior a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes.

Na espécie, verifica-se que o regime inicial fechado foi mantido pela Corte de origem em razão das "circunstâncias que determinaram o aumento da pena-base e o afastamento do tráfico privilegiado, a aumentar a reprovabilidade da conduta e demonstrar a maior periculosidade social do agente" (fl. 845), quais sejam, a quantidade, a natureza e a variedade das substâncias entorpecentes apreendidas - 138,4g de *crack*, 608g de cocaína e 1633g de maconha (fl. 9) -, bem como o fato de a paciente estar envolvida com o crime organizado.

É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/06, no sentido de que o juiz "na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

Nesse diapasão, o Tribunal *a quo* entendeu ser necessária uma resposta penal mais efetiva, como forma de retribuição proporcional à gravidade da conduta, porquanto as circunstâncias do caso em testilha demonstram que regime inicial mais brando não seria suficiente para a reprovação e a prevenção do delito em comento.

Assim, devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial fechado, com base em dados concretos constantes dos autos, não há ilegalidade a ser sanada. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. TEMA NÃO ENFRENTADO NA ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. NATUREZA, QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS DROGAS. REGIME DIVERSO DO FECHADO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. NATUREZA, QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. O tema referente ao pleito de aplicação da atenuante da confissão espontânea não foi apreciado pelo Tribunal a quo, o que impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

3. O estabelecimento do redutor na fração de 1/3 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, dada a natureza, a quantidade e a diversidade das drogas apreendidas - 126,8 g de cocaína e 15,8 g de maconha - a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006.

O quantum de redução aplicado fica indene ao crivo do habeas corpus, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório.

Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

4. 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.

5. É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/06, no sentido de que o juiz "na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

6. Devidamente fundamentada imposição do regime inicial fechado, bem como a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão da natureza, da quantidade e da variedade das drogas apreendidas - 126,8 g de cocaína e 15,8 g de maconha - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 294.565/MS, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 21/10/2014, DJe 04/11/2014)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM ORIENTAÇÃO ADOTADA PELO PRETÓRIO EXCELSO. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/1990 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ART. 33 DO CP E 42 DA LEI N. 11.343/2006. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. REGIME FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Precedentes: HC 109.956/PR, Rel.

Min. Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012, e HC 104.045/RJ, Rel. Min.

Rosa Weber, DJe de 6.9.2012, dentre outros.

- O Superior Tribunal de Justiça, na esteira desse entendimento, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa toada, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício. A propósito: HC 221.200/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 19.9.2012.

- A obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crime hediondos e os a ele equiparados foi declarada inconstitucional pelo c. Pretório Excelso, em 27.6.2012, por ocasião do julgamento do HC 111.840/ES. Assim, a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal, bem como do art. 42 da Lei 11.343/2006, quando se tratar de delitos previstos nessa Lei.

- No caso, apesar de a pena ter sido fixada em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, a gravidade concreta do delito, evidenciada pelas circunstâncias em que ocorreu (posse de variada e expressiva quantidade de entorpecentes 19 cápsulas de cocaína e 36 papélotes de maconha), justifica a imposição do regime inicial fechado, bem como inviabiliza a substituição da pena por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, III, do CP.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 240.443/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 19/03/2013, DJe 22/03/2013)

Tem-se, assim, que a irrisignação não merece prosperar.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0158681-0

HC 359.950 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 02320900063801 150910200913389 2320900063801 2642009 3692009 70034217117
70046302055 700463020553

EM MESA

JULGADO: 09/08/2016

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA ELIANE MENEZES DE FARIAS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE	: KATIA SILENE DA SILVA ALVES
CORRÉU	: ALVINA DE FATIMA DOS SANTOS FAGUNDES
CORRÉU	: ALCIONE FRANCISCA FAGUNDES DOS SANTOS
CORRÉU	: ALDAIR BARBOSA ALVES

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, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.