



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 397.584 - SP (2017/0094857-0)

**RELATORA** : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA  
**IMPETRANTE** : GILMAR MACHADO DA SILVA  
**ADVOGADO** : GILMAR MACHADO DA SILVA - SP176398  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : DOUGLAS ELEUTERIO DE SOUSA (PRESO)

### EMENTA

*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO PRIVILEGIADO. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. *QUANTUM* DE INCIDÊNCIA. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. REGIME FECHADO. DESPROPORCIONALIDADE. PENA INFERIOR A 8 ANOS. REGIME SEMIABERTO. RAZOABILIDADE. DETRAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONHECIMENTO PARCIAL DO *WRIT* E, NESSA EXTENSÃO, CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM, RATIFICADA A LIMINAR DEFERIDA.

1. O estabelecimento do redutor na fração de 1/6 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, diante da quantidade da substância entorpecente apreendida em poder do paciente – 790g 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. 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 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.

3. As instâncias de origem não lograram fundamentar de maneira idônea a manutenção do regime inicial fechado, porquanto não declinaram motivação suficiente a ensejar o regime mais gravoso, estabelecido apenas com base na hediondez e gravidade abstrata do delito, em afronta à jurisprudência desta Corte.

4. Fixada a pena em patamar inferior a 8 anos de reclusão e, aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, sendo a reprimenda final do paciente 04 anos e 02 meses de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial semiaberto.

5. Não havendo pronunciamento do colegiado estadual acerca da possibilidade de detração penal, não deve ser conhecido o *habeas corpus* quanto ao ponto, sob pena de indevida supressão de instância.

6. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, concedido em parte, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

imposta ao paciente, ratificada a liminar deferida.

### **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, conheceu parcialmente do pedido e, nesta parte, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 20 de março de 2018(Data do julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA  
Relatora



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 397.584 - SP (2017/0094857-0)**

**RELATORA** : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA  
**IMPETRANTE** : GILMAR MACHADO DA SILVA  
**ADVOGADO** : GILMAR MACHADO DA SILVA - SP176398  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : DOUGLAS ELEUTERIO DE SOUSA (PRESO)

### RELATÓRIO

**MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de DOUGLAS ELEUTERIO DE SOUSA, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal nº 0006886-87.2015.8.26.0196).

Segundo os autos, o paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06. Na oportunidade, lhe foi negado o direito de recorrer em liberdade. Eis o teor do *decisum*, no que interessa (fls. 62/68):

Fixo, assim, a **pena base em 05 anos de reclusão** e 500 dias-multa, **reduzida em 2/3**, diante da primariedade e bons antecedentes do acusado, o que resulta 01 ano e 08 meses de reclusão e 167 dias-multa, no valor mínimo legal (embora grande a quantidade de entorpecente apreendida, isto, por si só, não tem o condão de inviabilizar a diminuição da pena, não se tendo como comprovado que o réu faça de sua vida dedicação exclusiva a atividade criminosa ou integre organização criminosa — presunção, pois, vedada no campo penal; demais disso, tal circunstância - a da quantidade - já foi valorada, quando ela ensejou reconhecimento de que o réu agiu com dolo mais intenso, mas compensando-se isto com a primariedade e confissão, vedado, pois, o *bis in idem*).

**Ausentes causas modificadoras, torno a reprimenda definitiva, devendo seu cumprimento operar-se, de início, no REGIME FECHADO (o crime de tráfico é classificado como hediondo e a legislação vigente, como regra, determina o regime fechado, como início de cumprimento da pena - par. 1., do art. 2., da Lei 8072/90).**

Demais disso, o réu praticou crime de tráfico, de natureza grave, que atinge indistinto universo de pessoas, afetadas direta e pessoalmente por tão grave conduta, que abala sobremaneira o equilíbrio social. E com a inclinação do réu à prática de crimes desse naipe, se solto, há probabilidade de que volte a ofender a ordem pública estabelecida e, assim, por ora, revela-se pernicioso seu convívio com a sociedade, devendo cumprir pena em regime mais gravoso, para que possa se adequar às regras do bom convívio social).

(...)

No caso, em face da motivação para fixação do predito regime fechado, a regra decorrente do instituto da detração em nada beneficiaria o réu, pois o instituto se limita à imposição de desconto



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de prisão provisória, do quantum que foi aplicado de pena, mas tão somente para fixação do regime inicial do cumprimento da reprimenda. Mas se a despeito do desconto, outros fatores, de ordem objetiva e ou subjetiva (circunstâncias judiciais desfavoráveis, reincidência, crimes hediondos, etc), determinarem a imposição de regime mais gravoso, a detração em nada alteraria, como no caso concreto não alterou, o regime inicial imposto. De se consignar, ainda, que tal instituto nada tem a ver com prematuro cálculo de percentuais, para progressão de regime ou mesmo concessão de outros benefícios legais, atividades estas, inerentes à execução, ainda que provisória, da pena, que refogem aos limites de competência desse juízo.

Iniciada a execução provisória da pena, o paciente fez jus aos benefícios executivos da progressão ao regime semiaberto (fls. 151/153) e concessão do livramento condicional (fls. 197/200).

Ocorre que, em 11.05.2016, foi julgado o recurso de apelação interposto pelo Ministério Público, ao qual o Tribunal bandeirante deu parcial provimento a fim de majorar as sanções impostas ao paciente ao importe de **4 anos e 2 meses de reclusão, mantido o regime fechado**. O aresto encontra-se assim fundamentado (fls. 216/221):

No tocante às reprimendas impostas, a r. sentença demanda reparo.

Na primeira fase da dosimetria das penas, em que pese a grande quantidade de drogas apreendidas, o Magistrado sentenciante fixou a **pena-base no patamar mínimo**, diante da primariedade e da confissão do agente.

Ao final as sanções foram reduzidas em 2/3 (dois terços), com fundamento no artigo 33, §4º, da Lei de Tóxicos.

Mister observar que não há que se falar em afastamento do redutor acima mencionado, pois se tratando de agente primário, de bons antecedentes e que não se dedica, comprovadamente, a atividades ilícitas nem integra organização criminosa, a aplicação da referida causa de diminuição prevista na Lei de Tóxicos é de rigor.

Insta salientar que, ao cominar ao crime do artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, in abstracto, os limites penais de cinco a quinze anos de reclusão e multa de quinhentas a mil e quinhentas diárias, o legislador vislumbrou a precisão de maior rigor no apenamento do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, dadas as graves circunstâncias e nefastas consequências inerentes a tal espécie delitiva.

Em contrapartida, divisou o Órgão Legislativo a necessidade de abrandar a punição dos agentes que, por seus atributos pessoais (primariedade, bons antecedentes, ausência de envolvimento com atividades ilícitas ou organizações criminosas), denotem menor periculosidade, o que não importa, a meu ver, em afronta ao tratamento mais rigoroso dispensado pela Constituição Federal aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes (inciso XLIII do artigo 5º da Carta Magna) e atende, à luz do binômio necessidade e adequação, às exigências do princípio da proporcionalidade.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

E, segundo entendimento desta Colenda Câmara, a dosagem do índice de redução derivada dessa causa especial de diminuição de pena deve levar em conta as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, com a situação de preponderância definida no artigo 42 da Lei Antidrogas.

**Dessarte, considerando que o agente foi surpreendido na posse de 790g de cocaína, mister fixar-se a fração redutora mínima, de 1/6 (um sexto), resultando as sanções definitivamente em 04 anos e 02 meses de reclusão mais 416 dias-multa, no piso legal, corrigido.**

Diante do exposto, dá-se parcial provimento ao recurso ministerial, a fim de majorar as sanções impostas a DOUGLAS ELEUTÉRIO DE SOUSA para **04 anos e 02 meses de reclusão e pagamento** de 416 dias-multa, no valor unitário mínimo, atualizado, mantendo-se, no mais, a r. sentença.

Segundo narra a defesa, notificado do aresto, o Juízo das Execuções determinou a expedição de mandado de prisão em desfavor do sentenciado (fl. 7).

A defesa peticionou assinalando que o paciente já cumprira 2/5 da pena e, por isso, faria jus ao regime semiaberto ou à prisão albergue domiciliar. O magistrado *a quo*, contudo, houve por bem revogar os benefícios, determinando o retorno do reeducando ao regime mais gravoso (fl. 223).

Diz a impetrante que não houve a interposição de agravo contra o *decisum*, dada a ausência de intimação para tanto. Buscou-se, dessa forma, a reconsideração da decisão anterior, sem sucesso (fl. 252).

Nesta via, reforça a defesa a necessidade de realização da detração penal, pois o paciente já teria cumprido 20 meses de sua pena, o que ensejaria o direito ao cumprimento da pena em regime intermediário.

Insurge-se contra a regressão cautelar de regime em virtude da superveniência de acórdão não transitado em julgado.

Ressalta que foi negado ao paciente o direito ao regime menos gravoso com base na vedação legal do art. 2º, §1º, da Lei 8.072/90.

Invoca os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Ao final, pede, liminarmente e no mérito, a aplicação da redutor previsto no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, em seu grau máximo, bem como a fixação de regime inicial menos gravoso.

Estes autos foram distribuídos por prevenção ao AREsp n.º 1057425, interposto em favor do paciente, o qual não foi conhecido.

A liminar foi deferida às fls. 261/266, para que o paciente pudesse aguardar em regime semiaberto o julgamento deste *writ*.

Formulado pedido de reconsideração, para que o paciente pudesse aguardar o julgamento em liberdade, foi o pleito indeferido às fls. 316/317.

Foram prestadas informações às fls. 328/329 e 353/354.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

da lavra do Subprocurador-Geral Carlos Frederico Santos, pelo não conhecimento do *writ* e pela concessão da ordem, de ofício, para que seja fixado o regime inicial semiaberto (fls. 381/389).

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 397.584 - SP (2017/0094857-0)**

### EMENTA

*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO PRIVILEGIADO. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. *QUANTUM* DE INCIDÊNCIA. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. REGIME FECHADO. DESPROPORCIONALIDADE. PENA INFERIOR A 8 ANOS. REGIME SEMIABERTO. RAZOABILIDADE. DETRAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONHECIMENTO PARCIAL DO *WRIT* E, NESSA EXTENSÃO, CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM, RATIFICADA A LIMINAR DEFERIDA.

1. O estabelecimento do redutor na fração de 1/6 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, diante da quantidade da substância entorpecente apreendida em poder do paciente – 790g 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. 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 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.

3. As instâncias de origem não lograram fundamentar de maneira idônea a manutenção do regime inicial fechado, porquanto não declinaram motivação suficiente a ensejar o regime mais gravoso, estabelecido apenas com base na hediondez e gravidade abstrata do delito, em afronta à jurisprudência desta Corte.

4. Fixada a pena em patamar inferior a 8 anos de reclusão e, aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, sendo a reprimenda final do paciente 04 anos e 02 meses de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial semiaberto.

5. Não havendo pronunciamento do colegiado estadual acerca da possibilidade de detração penal, não deve ser conhecido o *habeas corpus* quanto ao ponto, sob pena de indevida supressão de instância.

6. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, concedido em parte, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena imposta ao paciente, ratificada a liminar deferida.

### VOTO

**MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Busca-se, por meio da presente impetração, a aplicação da redutor previsto no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, em seu grau máximo, bem como a fixação de regime inicial menos gravoso e detração penal.

Esclareça-se, inicialmente, que o juízo sentenciante entendeu pela aplicabilidade da redutora no patamar máximo previsto, *verbis* (fls. 64/65):

Fixo, assim, a pena base em 05 anos de reclusão e 500 dias-multa, reduzida 2/3, diante da primariedade e bons antecedentes do acusado, o que resulta 01 ano e 08 meses de reclusão e 167 dias-multa, no valor mínimo legal (embora grande a quantidade de entorpecente apreendida, isto, por si só, não tem o condão de inviabilizar a diminuição da pena, não se tendo como comprovado que o réu'faça de sua vida dedicação exclusiva a atividade criminosa ou integre organização criminosa - presunção, pois, vedada no campo penal; demais disso, tal circunstância - a da quantidade - já foi valorada, quando ela ensejou reconhecimento de que o réu agiu comjdolo mais intenso, mas compensando-se isto com a primariedade e confissão, vedado, jpois, o bis in idem).

Ao dar provimento ao apelo ministerial, o Tribunal estadual reduziu a fração de diminuição, à luz dos fundamentos abaixo (fls. 216/221):

E, segundo entendimento desta Colenda Câmara, a dosagem do índice de redução derivada dessa causa especial de diminuição de pena deve levar em conta as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, com a situação de preponderância definida no artigo 42 da Lei Antidrogas.

Dessarte, considerando que o agente foi surpreendido na posse de 790g de cocaína, mister fixar-se a fração redutora mínima, de 1/6 (um sexto), resultando as sanções definitivamente em 04 anos e 02 meses de reclusão mais 416 dias-multa, no piso legal, corrigido.

Diante do exposto, dá-se parcial provimento ao recurso ministerial, a fim de majorar as sanções impostas a DOUGLAS ELEUTÉRIO DE SOUSA para 04 anos e 02 meses de reclusão e pagamento de 416 dias-multa, no valor unitário mínimo, atualizado, mantendo-se, no mais, a r. sentença.

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 da substância entorpecente apreendida em poder do paciente – 790g de cocaína.

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 da droga envolvida na empreitada criminosa, não há falar em ilegalidade. Nesse sentido:



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

(...)

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

(...)

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

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

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

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

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

(...)

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

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

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

(...)



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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

(...)

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

No mais, insurge-se a presente impetração contra a imposição do regime inicial fechado.

Mister esclarecer que tanto a estipulação do regime inicial fechado – contida no § 1º do artigo 2º da Lei n.º 8.072, que fora alterado pela Lei n.º 11.464/07 – quanto a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos – prevista no artigo 44, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 – foram superadas pelo Pretório Excelso 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)



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessarte, 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.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 1º de setembro de 2010, se pronunciou sobre a matéria, no HC n.º 97.256, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, prevalecendo, por 6 votos a 4, o entendimento aqui expendido, no sentido de ser inconstitucional o dispositivo da Lei n.º 11.343/2006 que veda a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Convém sublinhar, ainda, que o Senado Federal, no exercício da atribuição que lhe foi conferida pelo art. 52, inciso X, da Magna Carta, editou, em 15.2.2012, a Resolução n.º 05/2012, suspendendo a execução de excerto da Lei n.º 11.343/06 referente à expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" - contida no § 4º, do art. 33, declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos supra mencionado HC n.º 97.256. Confira-se:

O Senado Federal resolve:

Art. 1º É suspensa a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus n.º 97.256/RS.

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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, restaram superadas pela Suprema Corte a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como 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 n.º 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 n.º 118.533/MS restou assim redigida, *verbis*:

**HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO: INVIABILIDADE. HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA.**

**1. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos.**

2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa.

3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### 4. Ordem concedida.

(HC 118533, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 16-09-2016 PUBLIC 19-09-2016).

A partir de então, as Egrégias Quinta e Sexta Turmas desta Corte Superior, revendo a anterior posição, passaram a acompanhar o recente julgado da Suprema Corte.

Confirmam-se, a propósito, os seguintes precedentes:

EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PACIENTE CONDENADO PELO CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES À PENA DE 1 (UM) ANO E 8 (OITO) MESES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. CRIME HEDIONDO. RESP REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA N. 1.329.088/RS. ENTENDIMENTO ALTERADO PELO PLENÁRIO DA SUPREMA CORTE (HC-118.533/MS). APLICAÇÃO DO ART. 927, V, DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, C/C ART. 3º DO CPP. INDULTO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 1º, XIV, DO DECRETO N. 8.380/2014. DEFERIMENTO.

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

2. Consolidou-se nesta Corte Superior de Justiça, por meio do recurso especial representativo da controvérsia (REsp n. 1329088/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 26/4/2013), entendimento no sentido de que a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 não afasta a natureza hedionda do crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

**3. No entanto, deve-se acompanhar recente decisão do plenário da Suprema Corte, no exame do HC n. 118.533/MS, julgado em 23/6/2016, de Rel. da Ministra Cármen Lúcia, na qual se assentou que "o crime de tráfico privilegiado de drogas não tem natureza hedionda". Aplicação do art. 927, V, do Novo CPC, c/c art. 3º do CPP.**

4. No caso, o paciente foi condenado à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, tendo cumprido, em prisão provisória, 10 (meses) e 17 (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.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 legal, 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)

Por fim, sedimentando o novo posicionamento nesta Corte, a distinta Terceira Seção, em julgamento da Petição n.º 11.796/DF, de minha relatoria, 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 nº 1.329.088/RS e, consequentemente, cancelando o enunciado nº 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.

Confira-se a fundamentação adotada pelo Magistrado de primeiro grau acerca do tema em testilha (fl. 65):

Ausentes causas modificadoras, torno a reprimenda definitiva, devendo seu cumprimento operar-se, de início, no **REGIME FECHADO (o crime de tráfico é classificado como hediondo e a legislação vigente, como regra, determina o regime fechado, como início de cumprimento da**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena - par. 1., do art. 2., da Lei 8072/90).

**Demais disso, o réu praticou crime de tráfico, de natureza grave, que atinge indistinto universo de pessoas, afetadas direta e pessoalmente por tão grave conduta, que abala sobremaneira o equilíbrio social. E com a inclinação do réu à prática de crimes desse naipe, se solto, há probabilidade de que volte a ofender a ordem pública estabelecida e, assim, por ora, revela-se pernicioso seu convívio com a sociedade, devendo cumprir pena em regime mais gravoso, para que possa se adequar às regras do bom convívio social).**

Relembre-se que apenas o Ministério Público recorreu da sentença, buscando o aumento da reprimenda, razão pela o Tribunal *a quo* não se pronunciou quanto à correção do estabelecimento do regime fechado para início de cumprimento da reprimenda.

Da análise da sentença, verifica-se a ausência de fundamentação idônea a respeito do regime inicial fechado, porquanto não houve motivação concreta e suficiente a ensejar o regime mais gravoso, determinado apenas com base na hediondez e gravidade abstrata do delito, em afronta à jurisprudência desta Corte.

Entendo ser razoável, pois, a imposição do regime inicial intermediário.

Nesta senda:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA FIGURA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. REGIME PRISIONAL FECHADO. REFERÊNCIA À HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. REGIME SEMIABERTO DEFERIDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO A RECOMENDAM. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- 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.

- Em relação à redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a sua aplicação demanda o preenchimento de quatro requisitos cumulativos, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organização criminosa.

- No caso, preenchidos os pressupostos para aplicação da benesse, necessário o redimensionamento da pena nos termos do supracitado artigo. Contudo, em razão da variedade das drogas, não deve ser aplicada a redutora no patamar máximo. Precedentes.

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

- O regime de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena comporta pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas 718 e 719/STF.

**- No caso, a quantidade de drogas apreendidas não se mostram suficientes para justificar o regime mais gravoso. Dessa forma, tendo em vista que a paciente é primária, com pena inferior a 4 anos, mas também a não aplicação da redutora no patamar máximo, se mostra adequada a fixação do regime semiaberto, a teor do disposto nos arts. 33, §§ 2º, "b", e 3º, do Código Penal.**

- Quanto à substituição, verifica-se que as circunstâncias do caso concreto não a recomendam.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena e fixar o regime semiaberto.

(HC 382.572/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 10/03/2017)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. NATUREZA DE UMA DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. PLEITO DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS A FIGURAR EM DEMÉRITO DO PACIENTE. REGIME FECHADO. DESPROPORCIONALIDADE. PENA INFERIOR A 4 ANOS. REGIME SEMIABERTO. RAZOABILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. O estabelecimento do redutor na fração de 1/3 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, diante da natureza de uma das substâncias entorpecentes apreendidas em poder do paciente - crack - 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. Não obstante a reprimenda final seja inferior a 4 anos, é inviável a imposição do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, diante da existência de elementos concretos a figurar em demérito do paciente. Desproporcional, entretanto, a fixação do regime inicial fechado, tendo em vista o quantum da pena imposta, a saber, 3 anos e 4 meses de reclusão, sendo razoável, pois, a imposição do regime inicial intermediário.**

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena imposta ao paciente nos autos da Ação Penal n.º 3021838-43.2013.8.26.0114.

(HC 370.545/SP, de minha Relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 21/10/2016)



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. REITERAÇÃO DE PEDIDO. ABRANDAMENTO DE REGIME INICIAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO EM RAZÃO DA HEDIONDEZ DO DELITO. INCONSTITUCIONALIDADE. ANÁLISE DOS ARTIGOS 33, §2º, B E §3º, DO CÓDIGO PENAL E 42 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REGIME SEMIABERTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

(...)

VI - O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 - com redação dada pela Lei nº 11.464/07. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§2º e 3º do Código Penal.

**VII - Revela-se adequado na hipótese, consoante o disposto nos artigos 33, §§2º e 3º, do Código Penal, e artigo 42 da Lei 11.343/2006, a imposição do regime inicial semiaberto ao paciente, condenado à pena inferior a 4 (quatro) anos, primário, ostentando condições judiciais desfavoráveis. Habeas Corpus não conhecido.**

Ordem concedida de ofício tão somente para, confirmando a liminar, fixar o regime semiaberto de cumprimento de pena, ex vi dos artigos 33, §2º, b, e §3º, do Código Penal e 42 da Lei 11.343/2006.

(HC 325.629/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/09/2015, DJe 20/10/2015)

No que tange à almejada detração (fls. 03/09), com incidência do disposto no artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, observa-se que a Corte de origem não foi instada a se manifestar quanto ao tema, razão pela qual o writ não merece conhecimento nesse aspecto, sob pena de indevida supressão da instância. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA FIXADA EM 1 ANO E 8 MESES DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO LEGAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NATUREZA, QUANTIDADE E VARIEDADE DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SURSIS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- (...)

- Evidenciado que a matéria referente à concessão de sursis não foi apreciada pelo Tribunal de origem, não compete a esta Corte Superior sua análise, sob pena de se incorrer em indevida supressão de instância.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Juízo da Vara de Execuções Criminais da Comarca de



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tupã/SP, com base em dados concretos, decida acerca da possibilidade de fixar ao paciente regime inicial mais brando de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, c/c art. 59 do Código Penal.

(HC 274.020/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/02/2015, DJe 19/02/2015)

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXCESSO DE PRAZO. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 52/STJ. ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. SUPERADA A ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA. DESCABIMENTO. MATÉRIA NÃO DISCUTIDA NO ACÓRDÃO A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO DESPROVIDO.

I - (...)

III - No tocante à suposta ausência de fundamentação do decreto prisional, verifica-se que a matéria não foi devidamente debatida pelo eg. Tribunal a quo, o que inviabiliza a análise por esta Corte Superior, sob pena de caracterizar indevida supressão de instância.

Recurso ordinário desprovido.

(RHC 51.974/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2015, DJe 18/02/2015)

De todo modo, friso que esta Corte Superior de Justiça possui entendimento no sentido de que *"à vista da ausência, nos autos, de elementos necessários à aplicação do disposto no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, caberá ao Juízo das Execuções examinar se o tempo de prisão cautelar do paciente autoriza a fixação de regime mais brando"* (HC 342.041/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, DJe 16/03/2016).

No mesmo sentido:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO. DETRAÇÃO. ART. 387, § 2º, DO CPP, COM REDAÇÃO DETERMINADA PELA LEI N. 12.736/2012. REQUISITOS EXIGIDOS PARA A PROGRESSÃO DE REGIME. PRESCINDIBILIDADE. APLICAÇÃO DO DISPOSITIVO PELO JUÍZO DE CONHECIMENTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

- A previsão inserida no § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal não se refere à verificação dos requisitos para a progressão de regime, instituto que se restringe à execução penal, mas à possibilidade de o Juízo de 1º Grau, no momento oportuno da prolação da sentença, estabelecer regime inicial mais brando, em razão da detração. Assim, cabe ao sentenciante descontar da pena aplicada ao réu o período em que fora mantido em prisão provisória. Realizada tal operação, observados os parâmetros do art. 33, § 2º, do Código Penal e as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, é possível ao juiz alterar o regime, aplicando modalidade menos gravosa.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Uma vez ausentes, nos autos, elementos necessários à aplicação, nesta oportunidade, do disposto no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal deve o Juízo das Execuções examinar se o tempo de prisão cautelar autoriza a fixação de regime mais brando.

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Juízo das Execuções examine, com base no § 2.º do art. 387 do Código de Processo Penal, se o tempo de prisão cautelar do paciente permite a fixação de regime mais brando.

(HC 337.539/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 28/04/2016).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. REGIME FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL INTERMEDIÁRIO. ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL - CP E ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. DETRAÇÃO DO TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR PARA ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÕES SUFICIENTES NOS AUTOS PARA CARACTERIZAÇÃO DO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ANÁLISE PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. Sedimentou-se, nesta Corte Superior, o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º do Código Penal em conjunto com o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga.

In casu, em razão de as circunstâncias judiciais serem favoráveis (art. 59 do Código penal - CP), de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal e de a pena aplicada ser inferior a 4 anos (art. 33, § 2º, alínea "c", do CP), caberia a fixação do regime inicial aberto.

Todavia, a diversidade, natureza e variedade dos entorpecentes (art. 42 da Lei n. 11.343/06) - 59 pinos de cocaína (37,8 gramas), 13 pacotes plásticos que continham pinos de plástico de crack (234,5 gramas), 1.297 papelotes plásticos de maconha (3,942 gramas) e 19 embalagens plásticas de maconha (3.030 gramas) - é fundamentação idônea para justificar a imposição do regime inicial mais gravoso, mas que, no caso é o semiaberto, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do CP e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma.

3. Inexiste flagrante ilegalidade apta a ensejar a concessão da ordem no tocante à detração do tempo de prisão cautelar do paciente para fixação do regime inicial, pois como bem informa a Corte estadual, não constam nos autos informações suficientes a respeito do efetivo tempo em que o paciente ficou preso cautelarmente. Dessa forma, caberá ao Juízo das Execuções examinar se o tempo de prisão cautelar do paciente autoriza a



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fixação de regime mais brando.

Precedente.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto, bem como determinar que o Juízo das Execuções considere a possibilidade da detração.

(HC 384.990/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 04/09/2017)

Ressalte-se que a decisão do juízo da execução penal que determinou a expedição de mandado de prisão para cumprimento da pena em regime inicial fechado consignou expressamente que o fazia em cumprimento ao determinado no acórdão ora combatido, que aumentou a pena do paciente em provimento do recurso ministerial.

Mister destacar que o pleito de detração poderá ser analisado, a qualquer tempo, pelo Juízo da Execução Penal, na forma do art. 66, III, "c", da LEP.

Ante o exposto, conheço parcialmente do *habeas corpus* e, nessa extensão, **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 0006886-87.2015.8.26.0196 (execução penal n.º 0006761-92.2015.8.26.0496), ratificada a liminar deferida.

É como voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0094857-0

PROCESSO ELETRÔNICO

**HC 397.584 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00067619220158260496 00068868720158260196 20154202120178260000  
67619220158260496 68868720158260196 8212014

EM MESA

JULGADO: 20/03/2018

#### **Relatora**

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSE ADONIS CALLOU DE ARAUJO SA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : GILMAR MACHADO DA SILVA  
ADVOGADO : GILMAR MACHADO DA SILVA - SP176398  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : DOUGLAS ELEUTERIO DE SOUSA (PRESO)

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, conheceu parcialmente do pedido e, nesta parte, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.