



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 524.429 - SP (2019/0224629-8)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : ADRIANO BARROS CAMARA
ADVOGADO : JOSE MAURICIO CAMARGO - SP292417
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO MOTIVADA PELA EXPRESSIVA QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO COM BASE EM CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM DEDICAÇÃO HABITUAL À TRAFICÂNCIA, INCLUSIVE A QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. AUSÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. REGIME INICIAL FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 E QUE NÃO EXCEDE 8 ANOS DE RECLUSÃO. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS, SOPESADA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RECURSO DESPROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção do 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. Não ocorre *bis in idem* quando o julgador fixa a pena-base acima do mínimo legal em razão da quantidade das drogas apreendidas e afasta o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação do agente a atividades criminosas, evidenciada pelas circunstâncias que envolveram a prática delitiva, com destaque para a quantidade expressiva de entorpecentes apreendidos.

3. Hipótese em que a quantidade da droga apreendida, apesar de embasar a exasperação da pena-base, não foi utilizada para definir o patamar da fração redutora, mas sim como um dos elementos de convicção para concluir que o paciente traficava com habitualidade e, conseqüentemente, não preenche um dos requisitos previstos no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, qual seja, não se dedicar a atividades



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminosas.

4. O STF, ao julgar o HC n. 111.840/ES, assentou que inexistente a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

5. A valoração negativa da quantidade de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação de regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso. Precedentes.

6. No caso, embora o paciente seja primário, condenado a pena privativa de liberdade superior a 4 e que não excede 8 anos de reclusão, as circunstâncias do crime – expressiva quantidade de entorpecentes apreendidos –, sopesadas na primeira fase da dosimetria, mostram-se idôneas e suficientes para o recrudesimento do regime prisional, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

7. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 19 de setembro de 2019(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 524.429 - SP (2019/0224629-8)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : ADRIANO BARROS CAMARA
ADVOGADO : JOSE MAURICIO CAMARGO - SP292417
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de agravo regimental (fls. 104/113), interposto contra decisão (fls. 93/101) de minha relatoria, que não conheceu de *habeas corpus* anteriormente impetrado.

Narram os autos que, em primeiro grau, o recorrente/paciente foi condenado pelo Juízo de primeiro grau, às penas de 9 anos, 7 meses e 6 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 1.440 dias-multa, além de 1 ano de detenção, em regime inicial aberto, e 10 dias multa, pela prática dos delitos previstos nos arts. 33, *caput*, e 35, ambos da Lei n. 11.343/2006 e art. 12 da Lei n. 10.826/2003, na forma do art. 69 do Código Penal (fls. 17/51).

Inconformada, a defesa apelou e o Tribunal *a quo* proveu parcialmente o recurso para afastar a condenação do paciente pela prática do delito de associação para o tráfico (fls. 52/79).

Na presente impetração (fls. 3/12), a defesa sustentou que o paciente suporta constrangimento ilegal, tendo em vista a dosimetria da pena realizada pelas instâncias ordinárias, uma vez que a quantidade e variedade de drogas apreendidas foram utilizadas tanto para exasperar a pena-base quanto para afastar a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, o que caracteriza o vedado *bis in idem*.

Uma vez reduzida a pena, aduziu que o paciente faz jus ao regime inicial aberto, inclusive se considerado que a prisão preventiva já perdura por 19 meses.

Ao final, liminarmente, requereu a aplicação de regime inicial aberto e, no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mérito, a aplicação do redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração máxima e a confirmação do pedido liminar, com extensão do benefício ao corréu.

Indeferido o pedido liminar e, no mérito, não conhecido o *habeas corpus*, neste agravo regimental, pede a defesa a reconsideração da decisão monocrática ou o provimento deste recurso, repisando os fundamentos anteriormente apresentados.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 524.429 - SP (2019/0224629-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

O agravo regimental é tempestivo e infirmou os fundamentos da decisão combatida, razões pelas quais merece conhecimento. No entanto, não obstante os esforços do agravante, não constato elementos suficientes para reconsiderar a decisão, cuja conclusão mantém-se, por seus próprios fundamentos.

O agravante insiste na alegação da ocorrência de *bis in idem* em razão da utilização da quantidade de drogas apreendida tanto para majorar a pena-base quanto para impedir a aplicação do redutor do tráfico privilegiado.

Para a adequada delimitação da questão, colaciono os seguintes excertos do acórdão (fls. 54-56 e 72/75 - grifei):

[...]

2. Consta dos autos que, nas condições de tempo e lugar descritas na exordial acusatória, ADRIANO BARROS CAMARA e VALDECIR ROGERIO AVILA, agindo em concurso de agentes e com unidade de desígnios, traziam consigo e tinham em depósito, para fins de tráfico, 97 porções de cocaína, 1192 tabletes e 501 trouxinhas de Cannabis sativa L, vulgarmente conhecida como maconha, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Consta ainda que, nas mesmas circunstâncias, ADRIANO e VALDECIR estavam associados para o fim de praticar, reiteradamente ou não, o crime acima descrito.

Consta, enfim, que, nas mesmas circunstâncias, ADRIANO e VALDECIR possuíam e guardavam uma pistola Taurus, calibre .380, municiada com cinco cartuchos íntegros, no interior da residência do primeiro, em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Segundo apurado, policiais civis do DEIC estavam de campana próximo ao local dos fatos, inicialmente a fim de averiguar a procedência de um veículo Chevrolet/Camaro que teria sido registrado fraudulentamente perante a autoridade de trânsito e que seria de uso de ADRIANO, o qual estava ali estacionado. Desta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

forma, após alguma espera, observaram o momento em que VALDECIR chegou ao local, conduzindo um veículo GM/Vectra, acompanhado de duas mulheres, que estavam noutro carro, um Hyundai/HB20.

Na sequência, os milicianos, acreditando que o acusado e as mulheres teriam relação com o veículo Camaro, abordaram- nos. Ato contínuo, em vistoria nos automóveis, localizaram no porta-malas do GM/Vectra conduzido por VALDECIR 118 tabletes de maconha. Na ocasião, admitiu informalmente a posse da droga, alegando que as mulheres não tinham ciência, pois estavam ali apenas para lhe dar uma carona de volta, já que ele apenas deixaria o GM/Vectra no imóvel. Na posse de VALDECIR ainda foi encontrada a quantia de R\$ 2.850,00.

Em seguida, os policiais adentraram no imóvel e ali encontraram o restante das drogas, bem como diversos acessórios relacionados ao tráfico ilícito, tais como uma balança, uma máquina seladora, rolos de plástico filme, sacos plásticos e, ainda, uma arma de fogo, municiada com cinco cartuchos íntegros, além de documentos em nome de ADRIANO, como um recibo de compra de um veículo Toyota/Hilux.

Ato contínuo, ADRIANO e um indivíduo chamado Emerson chegaram à residência, momento em que foi dada voz de prisão ao primeiro, que era o responsável pela casa. Quanto a Emerson, verificou-se que não tinha relação com os fatos.

[...]

RÉU ADRIANO

As basilares foram exasperadas em 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, considerando a expressiva quantidade de droga apreendida, alcançando 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, assim concretizada à míngua de demais circunstâncias modificadoras.

Em relação ao crime previsto no artigo 12, da Lei 10.826/03 a pena foi fixada no mínimo legal, ou seja, em 01 ano de detenção e 10 dias multa e tornada definitiva, bem como fixado o regime aberto.

[...]

Alguns pontos merecem destaque na dosagem das sanções.

Inicialmente, anoto que, em consonância com o estabelecido no artigo 42 da Lei de Drogas, as basilares realmente mereciam exasperação, mormente em decorrência da quantidade de substância entorpecente (quase uma tonelada de maconha, distribuída em 1192 tabletes e 501 trouxinhas, além de 97 porções de cocaína) e natureza de uma das drogas apreendidas, sendo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

despiciendo discorrer-se sobre a letalidade e alto grau viciante da cocaína:

[...]

Registro que não era mesmo o caso de conceder-se a benesse prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas. Muito embora afastada a condenação pelo cometimento do delito de associação ao tráfico eis que a habitualidade não se comprovou com a segurança necessária para sustentar um édito condenatório, ficou bem caracterizado nos autos, que as circunstâncias que envolveram a prática criminosa lhe são desfavoráveis, demonstrando, com segurança que faziam do tráfico seu meio de vida, dedicando-se, assim, às atividades criminosas, até porque ninguém confiaria tamanha quantidade de entorpecentes a traficantes ocasionais.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a elevada quantidade de droga pode ser um indicativo de participação do réu em organização criminosa, afastando a aplicação do §4º, artigo 33 da Lei nº 11.343/06, mesmo em se tratando de réus primários, com bons antecedentes, como no caso ora em exame:

[...]

Com efeito, a revisão da dosimetria da pena somente é possível em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, cujo reconhecimento ocorra de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC n. 304.083/PR, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 12/3/2015).

Nesse contexto, a exasperação da pena-base deve estar fundamentada em dados concretos extraídos da conduta imputada ao acusado, os quais devem desbordar dos elementos próprios do tipo penal.

O julgador deve aplicar de forma justa e fundamentada a reprimenda. O *quantum* deverá ser o necessário e suficiente à reprovação, atendendo-se, ainda, ao princípio da proporcionalidade.

A análise das circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal, não atribui pesos absolutos para cada uma delas, a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito.

Assim, é possível que "o magistrado fixe a pena-base no máximo legal,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto" (AgRg no REsp n. 143.071/AM, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 6/5/2015).

Outrossim, em se tratando dos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA MINORANTE. RÉ QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. PENA-BASE. DOSIMETRIA. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA (23,8 KG DE COCAÍNA). CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. AUMENTO FUNDAMENTADO. MAJORANTE DA INTERESTADUALIDADE. TRANSPOSIÇÃO DAS FRONTEIRAS. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. PRESENTES CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME FECHADO ADEQUADO AO CASO. PREJUDICADO O PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA.

[...]

II - O aumento da pena-base em razão da quantidade de substâncias entorpecentes apreendidas em poder da ré (cerca de 23,8 kg de cocaína) mostra-se, de fato, fundamentado, pois está em estrita sintonia com o estabelecido pelo art. 42 da Lei n.º 11.343/06.

[...]

Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp. 1.238.404/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 22/03/2018, DJe 02/04/2018)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. VULTOSA QUANTIDADE DE DROGAS. CRITÉRIO IDÔNEO PARA A EXASPERAÇÃO. REGIME FECHADO. LEGALIDADE.

[...]

3. A natureza e a quantidade de entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, são



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preponderantes para a fixação das penas no tráfico ilícito de entorpecentes.

4. A associação para o tráfico de drogas em vultosa quantidade justifica o incremento da pena-base desse delito. No caso concreto, o Tribunal de origem expressamente fundamentou a majoração da pena-base do crime de associação para o tráfico, considerando a quantidade das drogas disseminadas (56kg de maconha), nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006 e art. 59 do CP, não se mostrando desproporcional ou desarrazoada, porquanto fundamentada a exasperação em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador.

[...]

6. Agravo regimental não provido. (AgRg no AgRg no AREsp 1166871/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 17/04/2018, DJe 25/04/2018)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES E CULPABILIDADE DO AGENTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

2. Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado.

3. Hipótese em que a instância antecedente, atenta às diretrizes dos arts. 42 da Lei de Drogas e 59 do Código Penal, considerou a quantidade dos entorpecentes apreendidos (mais de uma tonelada de maconha e haxixe) e a culpabilidade do agente (ocultação das drogas em compartimento de ônibus, no qual era dissimulada a venda de produtos de gesso) para elevar as penas-base dos delitos de tráfico e de associação para o tráfico na fração de 5/6, o que não se mostra desproporcional.

4. Habeas corpus não conhecido. (HC 437.496/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 05/04/2018, DJe 11/04/2018)

No caso, observa-se que a Corte local se pautou na previsão do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, para fixar a pena-base do paciente em **1/6 acima do mínimo legal**,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

notadamente, ponderou a quantidade e variedade do material entorpecente apreendido, qual seja, 97 porções de cocaína, 1192 tabletes e 501 trouxinhas de maconha, que juntos totalizavam quase uma tonelada de drogas.

Dessa forma, levando-se em conta a quantidade e variedade da droga apreendida, inexistiu o constrangimento ilegal apontado na inicial, pois há fundamentação concreta na aplicação da pena-base acima do mínimo legal.

O impetrante se insurge, ainda, em face do indeferimento da causa de diminuição do tráfico privilegiado, uma vez que tendo sido a quantidade de drogas utilizada na primeira fase para majorar a pena-base, não se prestaria para afastar a benesse.

Cabe observar que, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e **não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa**.

Pela leitura dos autos, verifica-se que não foram atendidas as diretrizes previstas para o **reconhecimento do privilégio**, uma vez que as instâncias de origem destacaram, expressamente, que o paciente se dedicava a atividades ilícitas, haja vista não apenas a quantidade e diversidade das drogas apreendidas, mas sobretudo a conclusão de que os agentes faziam do tráfico seu meio de vida, embora não tenha sido caracterizada a estabilidade necessária para a condenação pelo crime de associação para o tráfico. Cumpre destacar, nesse sentido, a apreensão de *diversos acessórios relacionados ao tráfico ilícito, tais como uma balança, uma máquina seladora, rolos de plástico filme, sacos plásticos e, ainda, uma arma de fogo municiada* (fl. 55/56), além do expressivo volume de drogas.

Assim, afasta-se a alegação de ocorrência de *bis in idem*, uma vez que o julgador fixou a pena-base acima do mínimo legal em razão da quantidade das drogas apreendidas e afastou o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em virtude da dedicação do agente à atividade criminosa.

Assim, tendo havido fundamentação concreta, pelo Tribunal local, para não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, concluo que, para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que o paciente não se dedica às atividades criminosas, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução probatória, o que, como cediço, é vedado na via estreita do *habeas corpus*, de cognição sumária.

Nessa linha:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DAS DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. A aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 depende do convencimento do Magistrado, de que o apenado, primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades delituosas nem integre organização criminosa. In casu, o entendimento registrado na origem está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior, firmada no sentido de que a considerável quantidade, a variedade e a natureza das drogas apreendidas, pressupõe a dedicação à atividade criminosa, revelando-se suficiente a afastar a aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

3. A reforma do entendimento das instâncias ordinárias quanto à dedicação dos pacientes às atividades criminosas constitui matéria que refoge ao restrito escopo do habeas corpus, porquanto demanda percuciente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

(...)

Habeas corpus não conhecido.

(HC 375.681/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2017, Dje 24/02/2017) - grifei.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, não há se falar em ocorrência de *bis in idem*.

Quanto ao regime prisional, cumpre asseverar que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, do Código Penal:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 (STF, HC n. 111.840, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe em 17/12/2013).

Esse entendimento também é adotado por ambas as Turmas da Terceira Seção desta Corte, conforme se verifica dos seguintes julgados, dentre outros: HC n. 327.850/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe 29/10/2015; HC n. 311.618/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 24/6/2015; HC n. 264.068/RS, HC 274.020/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO, Sexta Turma, DJe 19/2/2015; e HC n. 299.797/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 2/12/2014.

No caso, embora o paciente seja primário, condenado a pena privativa de liberdade superior a 4 e que não excede 8 anos de reclusão, as circunstâncias do crime – expressiva quantidade de entorpecentes apreendidos –, sopesadas na primeira fase da dosimetria, mostram-se idôneas e suficientes para o recrudescimento do regime prisional, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Ressalta-se, por oportuno, que o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a valoração negativa da natureza e quantidade de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade. Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. PROCEDÊNCIA. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. REGIME FECHADO COMPATÍVEL. SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. QUANTIDADE DA PENA APLICADA. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

II - No caso dos autos, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas - 30 porções de cocaína, com peso líquido de 45,3 g, 37 pedras de crack, com peso líquido de 13,3 g e mais 22 porções



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de maconha, com peso líquido de 16,9 g - justificam o afastamento da minorante, eis que há indicativo de que o paciente se "dedica a atividades criminosas", inocorrendo, portanto, o permissivo legal previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

III - O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90 - com redação dada pela Lei n.º 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.

IV - Todavia, in casu, não se pode olvidar que a quantidade e variedade dos entorpecentes foi considerada na terceira fase da dosimetria da pena, para afastar a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Forçoso concluir, assim, que a referida circunstância autoriza a fixação do regime inicial fechado, nos termos do art. 33, § 2º e § 3º, do Código Penal (precedentes).

V - Não restam cumpridos os requisitos do art. 44 do Código Penal para a substituição da prisão por pena restritiva de direitos, diante do quantum da pena aplicada (inciso I).

Habeas Corpus não conhecido, cassada a liminar. (HC 338.068/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 28/4/2016).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NÃO CONHECIMENTO.

1. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

2. Mantido o regime inicial fechado e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos pelo Tribunal de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, em especial a quantidade e a natureza da droga apreendida - 25,5 g de cocaína - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

3. Habeas corpus não conhecido. (HC 321.231/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 11/9/2015).

Assim, pelas próprias razões do *decisum* impugnado, acima reiteradas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0224629-8 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no**
HC 524.429 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00012526220178260545 12526220178260545 187217

EM MESA

JULGADO: 19/09/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JOSE MAURICIO CAMARGO
ADVOGADO : JOSE MAURICIO CAMARGO - SP292417
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADRIANO BARROS CAMARA (PRESO)
CORRÉU : VALDECIR ROGÉRIO ÁVILA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ADRIANO BARROS CAMARA
ADVOGADO : JOSE MAURICIO CAMARGO - SP292417
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.