



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 372.381 - SP (2016/0250897-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : GISELE DE OLIVEIRA LIMA E OUTRO
ADVOGADA : GISELE DE OLIVEIRA LIMA - SP084368
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DEIVID DE OLIVEIRA LIMA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. NEGATIVA. QUANTIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL OCORRÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO *IN CONCRETO* DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. O Colegiado estadual afastou a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em razão da quantidade das drogas apreendidas - 4,395 kg de maconha e 89,73 g de cocaína - o que não configura manifesto constrangimento ilegal, porquanto devidamente fundamentada a negativa do benefício com fulcro no art. 42 da Lei n.º 11.343/06, que determina 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".

2. O regime inicial fechado foi fixado com base, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso *sub judice*, uma vez que as instâncias ordinárias não procederam à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelos arts. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado e a fundamentação referente à gravidade *in abstrato* do delito de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

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 pedido, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Brasília, 11 de outubro de 2016(Data do Julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 372.381 - SP (2016/0250897-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : GISELE DE OLIVEIRA LIMA E OUTRO
ADVOGADA : GISELE DE OLIVEIRA LIMA - SP084368
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DEIVID DE OLIVEIRA LIMA (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de DEIVID DE OLIVEIRA LIMA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal nº 0030108-45.2014.8.26.0576).

Segundo os autos, o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 01 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, mais o pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, como incurso nas penas do art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06; e à pena de 01 (um) ano de detenção, em regime aberto, mais o pagamento de 10 (dez) dias-multa, como incurso no art. 12 da Lei 10.826/03 (fls. 42/51).

Irresignadas, Acusação e Defesa interpuseram recurso de apelação na origem. **O Tribunal de Justiça local negou provimento ao apelo defensivo e deu provimento ao reclamo ministerial, para o fim de afastar a incidência do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, ficando a pena para o crime de tráfico de entorpecentes estabelecida em 5 anos de reclusão, em regime fechado**, e pagamento de 500 dias-multa, mantido, no mais, o édito condenatório de primeiro grau. Eis o teor do *decisum*, no que pertinente:

(...)

Vê-se, portanto, que a quantidade e diversidade de droga apreendida (4.386,03 kg de maconha e 89,73 g de cocaína), aliadas às demais circunstâncias, dão a certeza da prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, tornando impossível a absolvição, bem como, a pretendida desclassificação.

O crime de porte ilegal de munições, da mesma forma, restou incontroverso diante do conjunto probatório coligido.

Quanto ao delito de posse ilegal de munição, as penas foram bem dosadas e fundamentadas, não comportando qualquer ajuste.

No que concerne ao crime de tráfico de entorpecentes, a pena-base foi corretamente aplicada no mínimo legal.

Todavia, *in casu*, embora reconhecida a primariedade do acusado, os demais elementos contidos nos autos, em especial a excessiva quantidade de entorpecentes apreendidos (4.473,76 kg), não autorizam a aplicação do redutor de pena disposto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, pois, como assentado pelo Colendo Superior



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal de Justiça, "De se ver que a *mens legis* da causa de diminuição de pena seria alcançar aqueles pequenos traficantes, circunstância diversa da vivenciada nos autos, dada a apreensão de expressiva quantidade de entorpecente, com alto poder destrutivo" (HC 190426 / MS - Ministro Og Fernandes - DJ 04.04.2011).

No mesmo sentido o recente julgado:

(...)

Portanto, afasta-se a incidência do referido dispositivo legal, resultando a reprimenda final em 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

O crime de tráfico ilícito de drogas exige a aplicação de regime prisional mais severo, pois, além de ser equiparado a hediondo pelo art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, é imprescindível uma resposta penal rigorosa do Poder Judiciário em razão da grave lesão que causa à saúde pública, bem como, pela intranquilidade e insegurança que traz para a sociedade atual.

Desta forma, outro não poderia ser senão o regime inicial fechado, que fica mantido.

O regime inicial aberto para o crime de posse ilegal de munição, da mesma forma, desmerece reparos.

Isto posto, rejeita-se a preliminar arguida, nega-se provimento ao apelo defensivo e acolhe-se o reclamo ministerial, para o fim de afastar a incidência do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, ficando a pena para o crime de tráfico de entorpecentes estabelecida em 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, mantida, no mais, a r. sentença de primeiro grau (fls. 58/61).

No presente *mandamus*, a impetrante defende, em síntese, a aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, bem como a fixação de regime inicial de cumprimento de pena menos gravoso.

Alega que a quantidade de droga apreendida, *de per si*, não caracteriza circunstância idônea a alicerçar a não aplicação da causa especial de diminuição de pena, mas que somente seria possível utilizá-la para diminuir a pena em patamar inferior ao legal.

Destaca a primariedade do agente, bem como predicados pessoais favoráveis.

Pondera que, na fixação do regime, o Sodalício estadual não observou as balizas traçadas pelo art. 33, §§2º e 3º, do Código Penal. No ponto, assere que a fixação do regime fechado estaria amparada apenas na gravidade em abstrato do delito de tráfico, violando o teor das súmulas 440 deste STJ e 718 e 719 do STF. Além disso, ressalta que o Supremo Tribunal Federal já declarou a inconstitucionalidade da obrigatoriedade de fixação do regime fechado a condenados pela prática de crimes hediondos.

Ao final, pede, liminarmente e no mérito, seja concedida a ordem para reconhecer ao paciente o direito ao benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, concedendo-se, ainda, a conversão da pena corporal em restritiva de direitos. Subsidiariamente, pede seja concedido o regime semiaberto para início do desconto da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral Célia Regina Souza Delgado, pelo não conhecimento do *writ* ou pela denegação da ordem (fls. 72/77).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 372.381 - SP (2016/0250897-6)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. NEGATIVA. QUANTIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL OCORRÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO *IN CONCRETO* DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. O Colegiado estadual afastou a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em razão da quantidade das drogas apreendidas - 4,395 kg de maconha e 89,73 g de cocaína - o que não configura manifesto constrangimento ilegal, porquanto devidamente fundamentada a negativa do benefício com fulcro no art. 42 da Lei n.º 11.343/06, que determina 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".

2. O regime inicial fechado foi fixado com base, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso *sub judice*, uma vez que as instâncias ordinárias não procederam à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelos arts. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado e a fundamentação referente à gravidade *in abstracto* do delito de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Eis a fundamentação adotada pela Corte de origem para negar a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06:

(...) embora reconhecida a primariedade do acusado, os demais elementos contidos nos autos, em especial a excessiva quantidade de entorpecentes apreendidos (4.473,76 kg), não autorizam a aplicação do redutor de pena disposto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, pois, como assentado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, "De se ver que a mens legis da causa de diminuição de pena seria alcançar aqueles pequenos traficantes, circunstância diversa da vivenciada nos autos, dada a apreensão de expressiva quantidade de entorpecente, com alto poder destrutivo" (HC 190426 / MS - Ministro Og Fernandes - DJ 04.04.2011) (fl. 59).

Da leitura dos autos, verifica-se que o Colegiado estadual afastou a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 em razão da quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas - 4,395 kg de maconha e 89,73 g de cocaína (fl. 39).

Com efeito, o art. 42 da Lei Antidrogas determina 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".

Nesta senda, devidamente fundamentado a negativa da benesse com fulcro no art. 42 do Diploma Antidrogas, não há falar em constrangimento ilegal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. NEGATIVA. QUANTIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME FECHADO FIXADO EM RAZÃO DO FATO DE O DELITO DE TRÁFICO SER EQUIPARADO AOS CRIMES HEDIONDOS. MANIFESTA ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. O Colegiado estadual negou a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em razão da quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas, de modo que não há falar em constrangimento ilegal, porquanto devidamente fundamentado o afastamento do benefício com fulcro no art. 42 da Lei n.º 11.343/06, que determina 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".

2. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 7 anos, 5 meses e 7 dias de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

3. O regime inicial fechado foi fixado, exclusivamente, em razão do fato de o delito de tráfico ser equiparado aos crimes hediondos, o que configura manifesta ilegalidade, haja vista que a obrigatoriedade do regime inicial fechado prevista na Lei de Crimes Hediondos foi superada pelos Tribunais superiores, de modo que a mera natureza do crime não configura fundamentação idônea a justificar a fixação do regime mais gravoso.

4. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso sub judice, no tocante ao regime inicial de cumprimento da pena, uma vez que o Tribunal de origem não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

5. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena, à luz do art.

33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

(HC 315.716/RS, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 26/05/2015, DJe 02/06/2015)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. QUANTIDADE E NATUREZA ALTAMENTE LESIVA DAS DROGAS APREENDIDAS. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. Revela-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 quando não preenchidos os requisitos subjetivos exigidos para o benefício.

2. A natureza e quantidade de droga apreendida - 104 tubos plásticos contendo cocaína e 47 invólucros contendo crack, perfazendo o total de 92 g - demonstra o grau de envolvimento do paciente com a narcotraficância, concluindo a Corte de Origem que não se tratava de traficante ocasional.

(...)

(HC 195.137/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 15/02/2012)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto ao pleito de alteração do regime inicial de cumprimento de pena, mister 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 REGIME DE CUMPRIMENTO MAIS GRAVE DO QUE O PREVISTO EM LEI. DIREITO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EXCEÇÃO À SÚMULA 691.

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

Diante disso, a Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o *quantum* de pena aplicado, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal (HC n.º 118.776/MG, da relatoria do Ministro Nilson Naves, julgado em 18.3.2010), bem como a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Registre-se, por oportuno, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, em sessão extraordinária realizada no dia 27.6.2012, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07. Confira-se:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"*Habeas corpus*. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que "*a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado*". Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito **ex nunc**, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado." (HC nº 111.840/ES; Relator(a): Ministro Dias Toffoli; Julgamento: 27/06/2012; Tribunal Pleno)

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

Na hipótese vertente, confira-se o que consignou o Colegiado estadual acerca do tema:

O crime de tráfico ilícito de drogas exige a aplicação de regime prisional mais severo, pois, além de ser equiparado a hediondo pelo art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, é imprescindível uma resposta penal rigorosa do Poder Judiciário em razão da grave lesão que causa à saúde pública, bem como, pela intranquilidade e insegurança que traz para a sociedade atual.

Desta forma, outro não poderia ser senão o regime inicial fechado, que fica mantido (fl. 60).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Verifica-se que foi fixado o regime inicial fechado com base, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

Com efeito, consoante esposado alhures, tais questões foram superadas pelos tribunais superiores, de modo que não configuram fundamentação idônea a justificar a fixação do regime mais gravoso para os condenados pela prática dos delitos previstos na Lei Antitóxicos, haja vista que, para estabelecer o regime prisional, deve o Magistrado avaliar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelos arts. 33 e parágrafos do Código Penal, o que não ocorreu na espécie.

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

Ante do exposto, **não conheço** do writ. **Concedo a ordem, de ofício**, a fim de que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado e a fundamentação referente à gravidade *in abstracto* do delito de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0250897-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 372.381 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00301084520148260576 301084520148260576

EM MESA

JULGADO: 11/10/2016

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS FREDERICO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : GISELE DE OLIVEIRA LIMA E OUTRO
ADVOGADA : GISELE DE OLIVEIRA LIMA - SP084368
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DEIVID DE OLIVEIRA LIMA (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, não conheceu do pedido, concedendo, contudo, ordem de ofício, 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.